

# القضاء والمرف في الاسلام

(دراسة مقارنة)



٩٥





الباب الأول  
القضاء في الاسلام



## تمهيد

١ - ماهية شريعة الاسلام :

إن التمهيد لموضوع القضاء في الإسلام يتطلب التعرض لماهية الاسلام وأهمية الموضوع ومنهج الدراسة وأقسامها .

٢ - الاسلام هل هو دين ودولة ؟

يوجد حول هذا الموضوع رأيان<sup>(١)</sup> :

الأول : يرى ان الاسلام دين فحسب . ويتلخص هذا الرأي بأن النبي محمداً ما كان إلا رسولاً للدعوة دينية خالصة للدين ، لا تشوبها نزعة مُلك ولا دعوة لدولة وان الاسلام وحدة دينية ، وأن النبي دعا الى تلك الوحدة وأتمها بالفعل قبل وفاته<sup>(٢)</sup> .

والثاني : وهو الراجح يرى أصحابه أن الإسلام دينٌ ودولة ، وإن الجمع بين الدعوة الى الدين وبين قيام الدولة هو أصل من أصول الاسلام ، فليس الاسلام ديناً يتعبد به فقط ، وإنما هو دينٌ ودولة ، لذلك كان طبيعياً أن يُعنى بشؤون الدولة الى جانب عنايته بشؤون الدين<sup>(٣)</sup> .

---

(١) انظر في عرّص هذا الموضوع بالتفصيل : الدكتور عبد الحميد متولي . الاسلام وهل هو دين ودولة ، مجلة القاموس والاقتصاد الصادرة عن اساتذة كلية الحقوق بجامعة القاهرة السنة ٣٤ ( ١٩٦٤ ) عدد ٤ ص ١٠٢٥ وما بعدها

(٢) صاحب هذا الرأي هو الأستاذ علي عبد الرزاق في كتبه . الاسلام وأصول الحكم ، طعة ١٩٦٥ ، القاهرة ، مذكور عند الدكتور عبد الحميد متولي . ذات المرجع ص ١٠٢٥

(٣) الدكتور عبد الحميد متولي . ذات المرجع ص ١٠٦١ - ١٠٦٢ ، الدكتور القطب محمد طلبة المكيّر السياسي في الاسلام ، مجلة القاموس والاقتصاد السنة ٣٩ ( ١٩٦٩ ) عا ٣ ص ٧٨٣ الدكتور محمد سلام مذكور القضاء في الاسلام ص ٦ ، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٦٤ ، الأستاذ ركن الدين شعاع . الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية ص ٣ ، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٦٨ - ١٩٦٩ ، الدكتور صبحي عمصاني الأوصاف التشريعية في الدول العربية ص ٨١ وما بعدها

Arnold The Caliphate, ed. London 1924, Cihb. Muhammedism, ed 1949. ,

مذكوران عند الدكتور عبد الحميد متولي . ذات المرجع ص ١٠٣٢ هلمش ٢

ولما كان القضاء إحدى السلطات الرئيسية في الدولة ، فقد اهتمت به نصوص الشريعة الإسلامية ، وياشره النبي محمد بنفسه ، كما طلبه من بعض أصحابه ، وياشره من بعده الخلفاء ، كما عيّن له مرجع قضائي أعلى يتولى شؤونه .

## ٢ - أهمية موضوع القضاء في الاسلام :

إن موضوع القضاء في الاسلام من أهم الموضوعات التي حوتها كتب الفقه والتاريخ الاسلامي ، وكان موضع اهتمام الفقهاء في كل العصور فكتبوا عنه كثيراً في مؤلفاتهم الفقهية العامة ، ومنهم من اهتم به أكثر فخصص له مؤلفاً خاصاً به<sup>(١)</sup> .

ولما كان النظام القضائي الاسلامي يمثل جزءاً من التراث العالمي في القضاء ، ويُعد أحد المصادر التاريخية المهمة للقضاء في لبنان ، كان الدافع الى بحث هذا الموضوع لتبيين معمله ، ومعرفة تنظيماته ، واستقراء إجراءاته .

## ٣ - منهج دراسة القضاء في الإسلام :

سيراعى في هذه الدراسة أن تكون إطلالة عامة وشاملة على موضوع القضاء في الاسلام ، مبتعدة عن التعقيد والإفادسة في النظريات ، مع العناية بذكر آراء الفقه وبيان الرأي الراجح منها ، مشيرة في كثير من المواضع الى المصادر التي استقيت منها هذه التسهيل للرجوع اليها .

وقد قسم باب القضاء في الاسلام الى فصلين اثنين :

### الفصل الأول : مفهوم القضاء في الاسلام

### الفصل الثاني : التنظيم القضائي في الاسلام

(١) من هؤلاء : وكيع (محمد بن خلف حيّان) أحبار القضاة ، ٣ أجزاء ، بيروت عالم الكتب بدون تاريخ ، أبو الحسن الماوردي : أدب القاضي ، جزءان ، ١٩٧١ ، مطبعة الإرشاد سندان ، ابن أبي الدم : أدب القضاء معجم اللغة العربية دمشق ١٩٧٧ ، الكتني : الولاء والقضاة ، بيروت ١٩٠٨ مطبعة اليسوعيين ؛ أبو الحسن السامي المالقي : تاريخ قصّة الأندلس ، بيروت منشورات المكتب التجاري بدون تاريخ ، ابن حجر السقلاوي : رفع الأصر عن قصّة مصر ، القاهرة ١٩٥٧ للطبعة الأميرية ؛ ابن طولون : قصّة دمشق ، للمجمع العلمي بدمشق ١٩٥٦ ، عمد بن حارس الخشي : قصّة قرطبة وعلاء افريقية ، القاهرة ١٣٧٢ هجرية ، التستري : قضاة علي بن أبي طالب ، الطبعة ١٥ بيروت ؛ حبر الله طلماح . القضاء عند العرب ، سندان ١٩٧٣ ، مطبعة المعارف ؛ عطية مشرفة : القضاء في الاسلام ، ١٩٦٦ شركة الشرق الأوسط ؛ عمد شهر أرسلان : القضاء والقضاة ، ١٩٦٩ دار الإرشاد ؛ حلف الكتني : القضاء في الاسلام ، دمشق ١٩٢٢ ، الدكتور عمد سلام منكور : القضاء في الاسلام ، القاهرة ١٩٦٤ دار النهضة العربية ؛ طاهر القاسمي : نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الاسلامي (السلطة القضائية) ، بيروت ١٩٧٨ ، دار الفلاس ؛ الدكتور صهي محمصاني . للتحفون في القضاء ، بيروت ١٩٨٠ دار العلم للملايين - وقرات الخلفاء الراشدين في الفقه والقضاء ، بيروت ١٩٨٤ دار العلم للملايين .

Tyan (E): Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam, 2 vol. (1938-1943), lib. Rec. Sirey.-

## الفصل الأول مفهوم القضاء في الاسلام

٤ - تقسيم :

يشتمل هذا الفصل على مبحثين :  
المبحث الأول : تاريخ القضاء في الاسلام  
المبحث الثاني : التعريف بالقضاء في الاسلام

### المبحث الأول تاريخ القضاء في الاسلام

#### (أ) - القضية الأنبياء قبل الاسلام

٥ - داود وسليمان من أوائل قضاة البشرية :

كان النبي داود عليه السلام من أفذاذ البشرية وأوائل قضاتها . فقد كان ملكاً يقوم على الفصل والقضاء بين الناس ، وعلى إدارة شؤون الملك ، وتدبير الحكم . وأراد الله أن يزيده حكمه وعلماً بفصل الخطاب والقضاء بين الناس ، فأرسل إليه ملكين من الملائكة ، إذ تسورا المحراب ودخلا عليه ، فعخاف منهما ، وقد وجدهما بين يديه ، قاعدتين أمامه بلا استئذان أو طلب دخول عليه<sup>(١)</sup> . أبجل وخاف ، ولكنه اطمأن وهما يبديان خصومة جاء يحكمسان لأجلها . وبادره أحدهما بالقول : لا تُشْطِطْ ( أي لا تتجاوز حد العدل ) وأهدنا الى سواء الصراط . وجد داود نفسه أمام أمر واقع ، فاجله به ، فطلب اليهما الكلام وهو مستمع . فقال أحدهما : « أن هذا أخي ، له تسع وتسعون نعجة ، ولي نعجة واحدة . ولكنه زاد في

---

(١) يراجع في تفصيل هذه القصة : الأستاذ سميح عاطف الزين : جمع البيان الحديث ( قصص الأنبياء في القرآن الكريم ) ص ٥٤٦ حتى ٥٤٨ .

طعمه ، حتى غلبه هواء ، فطلب النعجة الوحيدة التي أملك ... فجادلته في أمرها ، وأبدت عنصري في الامتناع عن تركها ، وأبنت له الفارق بين غناه وفقري ، ولكنه كان أوسع حيلة مني ، فغلطني بنقائه وأقنعي بحجته .. انه رجل أفصح لسانا ، وأقوى جدالا ، وأغنى بيانا ... » .

وترأى لداود أن الحجمة التي يمتلكها الرجل الآخر قد تؤدي الى ظلم أخيه ، فبادر بالحكم قائلا : « قد ظلمك بسؤال نعتك الى نعالجه .. وإن كثيراً من الخطاة ليغني بعضهم على بعض إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ما هم » . فالتفت اليه الخصم الثاني وقال له : هذا حكم جائر ، فما عدلت . كيف تستطيع لنفسك الفصل في خصومة لم تسمع فيها إلا أن فريق من المتداعين ؟ وظن داود انما فناه ، فاستغفر ربه وخبر راعاه ، أناب ( الى الله ) ثم أشرق ممعاً في التفكير ، فوجد أن خوفاً استقر في قرارة نفسه ، وجزعاً داخل كيانه ، فقد أخذ على حين غرة . وعاش لحظات حرجة ، وكل ذلك لمراى هذين الرجلين ، ولكن ما كان يجدر به أن ينسرع في الحكم ؟ وأيقن على الفور أنه قد فعل خلاف الأولى فجاء حكمه بلا روية كما يبدو لأول وهلة . ثم عاد يسائل نفسه : « من هما هذان الرجلان ، وكيف اقتحما خلوتي ، فلا وقت للقضاء ، ولا أذن بدخولها ؟ ! وأدرك أنها من غير البشر . فإذا هما ملكان من السماء ، وقد بعثها الله لاختباره .. فخر راعاه يستغفر ربه ويتوب اليه ... وغفر الله له ، وجاهه الوحي معاتباً : ﴿ يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض ، فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى ، فيضلك عن سبيل الله ... ﴾ .

وحادثة الملكين مع النبي داود ، إنها هي أول قضية نظر فيها قاض في تاريخ البشرية وقد ذكرها القرآن الكريم في سورة ( ص من الآية ١٧ حتى ٢٦ ) وذلك منذ خمسة عسر قرناً وعن حادثة تعود إلى آلاف السنين أو أكثر في زمن النبي داود . فقد جاء في القرآن الكريم حول هذه القضية . ﴿ اصبر على ما يقولون واذكر عبدنا داود ذا الأيد إنه أواب ، إنا سخرنا الجبال معه يسبحن بالعشي والإشراق ، والطير محشورة كل له أواب ، وشددنا ملكه وآتيناه الحكم فصل الخطاب ، وهل أتاك نبأ الخصم إذ تسوروا المحراب ، إذ دخلوا على داود ففزع منهم قالوا لا نخف خصمان معنى بعضنا على بعض فاحكم بيننا بالحق ولا تشطط واهدنا الى سواء الصراط ، إن هذا أخى له تسع وتسعون نعجة ولي نعجة واحدة فقال أكفلنيها وعزني في الخطاب ، قال لقد ظلمك بسؤال نعجتك الى نعالجه وإن كثيراً من الخطاة ليغني بعضهم على بعض إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ما هم وظن داود انما فناه فاستغفر ربه وخبر راعاه وأواب ، فغفرنا له ذلك وإن له عندنا لزلفى وحسن مآب ، يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله إن الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب ﴾ . فهذه الآيات ترمي الى معالجة الهوى النفسي لدى القاضي وضرورة اتباعه الحق وعدم التسرع في الحكم قبل استماع حجج المتخاصمين ، وذلك بنظرة قرآنية شمولية لا تتوقف عند حدود زمان ومكان معين بل



تستمر ما دامت الحياة البشرية قائمة على الأرض تنسراً للعدل بين الناس الذي هو أمل المجتمعات البشرية في كل مكان وزمان .

وأما النبي سليمان عليه السلام فقد عاش في كنف أبيه داود ، وقد بدلت عليه منذ الصغر مواهب الله ومنه من الفهم والفطنة ، كما ظهرت في أقواله وأفعاله بؤاكر الحكم وحسن القضاء . فإنه عندما كان في الحادية عشرة من عمره ، كان من عادته أن يقعد الى جانب أبيه في مجلسه ، يستمع الى قضائه في الناس . وصادف أن دخل يوماً عليه رحلان محتكمان ، وقد برزت على قسمات وجهيهما ملامح الغضب والغور . جلس الرجلان أمام داود ، وبدأ أحدهما يدعي على الآخر<sup>(١)</sup> وهو يقول : أيها النبي إن لي زرعاً قد أتى ثمره ، وذنبت قطوفه ، فلما صار بهجة للناظرين ، انتشرت فيه غنم هذا الرجل ( وهو بشر الى خصمه ) دون أن يردّها راذاً ، أو يجبسها راع ، فانسأت في الزرع هاراً ، وسرحت فيه ليلاً ، حتى أهلكته وأتت على آخره ، فصار أثراً بعد عين . . . أتني المدعي كلامه ، فأتى داود - عليه السلام - الى المدعي عليه كي يبدي دفاعه ، إن كان لديه من دفاع . . . فأجاب الرجل ، مقرأ حق خصمه وهو يقول : إني صاحب الغنم ، وما أبداه صاحبي فهو حق وصلبي ، وليس لدي ما أدفع به النعمة ، فاحكم بيننا عدلاً ، وأقض حقاً كما علمك الله . تروى داود فلبلاً ثم قال يفصل في الخصم : يأخذ صاحب الزرع عوضاً عما حاق به من خسارة ، فيكون تعويضاً له ، وجزاء لإهمال صاحبه الذي تركها في أرض الغير ، تلفت رزقه ، وتأتى على ثماره .

وكان سليمان عليه السلام يستمع الى حكم أبيه ، بأذن صاغيه ، وانباء متيقظ ، ورأى أن حكمه لم براع مصلحة الفريقين ، بل انه وإن عوض الخسارة على صاحبها وأنال الجانب جزاءه ، إلا أنه لا يحقق العدل الكامل . . . فنظر الى الرجلين ، وقد هما بالخروج ، مشيراً إليهما بالبقاء في الجلسة ، ثم التفت الى أبيه ، وقال له : غير ما أثبت قد يكون أرفق بالخصمين ، وأوفق لمصلحتهما وللحق . . . ودهش الجمع لجرأة هذا الفتى ، فإران على المجلس صمت عجيب ، ولكن داود قطع الصمت بصوته وهو يقول لابنه : هات ما تراه يا سليمان . وانفلتت حجة ابنه التي فهمه إياها الله تعالى ، فقال : تدفع الغنم الى صاحب الزرع ، يتنفع هو وأهله بالإناء وأصوافها وخلفها عدة سنين ، يقوم فيها صاحب الغنم على رعاية شؤون الأرض وإعادة غرسها من جديد ، حتى إذا استوى الغرس وعاد كما كان ، ردت الغنم كما تكون آنذاك الى أهلها ، وأعيدت الأرض وغرسها الى مالكيها . وهكذا لا يكون بينهما غرم ولا غنم .

وقد أشار القرآن الكريم الى هذه القصة في سورة الأنبياء ( الأيتين ٧٨ و٧٩ ) حيث

(١) يراجع في عرص وقائع هذه القصة التي أشار إليها القرآن الكريم : الأستاذ سمح الرين ، المرجع لتسابق ص

يقول تعالى : « وداود وسليمان إذ يحكمان في الحريث إذ نفثت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين ، ففهمناها سليمان وكلاً آتينا حكماً وعلماً . . » .

داود وسليمان من أوائل قضاة البشرية الذين فرّقوا بين الشهود : فقد جاء عند البعض (١) : « أن أربعة من حواشي نبي الله داود هموا بإصابة امرأة ، فامتنعت عليهم فشهدوا عليها عند داود بالزنا ، فهم برّجها فبلغ ذلك سليمان ، وهو يلعب مع الصبيان فاستدعى أربعة من الصبيان فشهدوا بمثل ذلك ، ثم فرّقهم وسألهم ، فاختلفوا فردّ شهادتهم فبلغ ذلك داود ، ففرّقهم وسألهم فاختلفوا فردّ شهادتهم . وقبل أن أول من فرق الشهود النبي دانيال ، شهد عنده أربعة على امرأة بالزنا ، ففرّقهم وسألهم ، فاختلفوا فدعا عليهم فنزلت نار فأحرقتهم » .

### (ب) - القضاء عند العرب في الجاهلية (٢)

#### ٦ - (أولاً) - من هو القاضي في الجاهلية :

لم يكن القضاء في الجاهلية منصباً تسلم به كافة الناس ، ولم يكن القاضي إنساناً مختاراً منهم ، أو معيناً من سلطة أعلى منه ، بل كان حكماً يتفق عليه المتقاضيان بإرادتهما المشتركة ، فيقصدان اليه حيث هو . وقد كان لكل قبيلة حكم يحكم بين من تنازع منهم ، حسب تقاليدهم وتجاربهم . فالأغاني يقول في أكنم بن صبيغ : انه كان قاضي العرب يومئذ . والبيداني يقول في عامر بن الظرب : كان من حكام العرب ، لا تعدل بفهمه فيها ، ولا بحكمه حكماً . ولو تتبعنا كتب الأدب لرأينا فيها أن العرب كانوا تارة يتحاكمون الى شيخ القبيلة ، وتارة الى الكاهن ، وتارة الى من عُرف بجودة الرأي ، وأصالة الحكم . ومن الصعب وضع حدود فاصلة لاختصاص كل منهم (٣) .

ونجد الإشارة إلى أن الرسول ﷺ كان حكماً في الجاهلية ، فقد كان يتحاكم اليه في الجاهلية قبل الاسلام . وهذا متفق مع طبائع الأشياء ، فمن سمي « الأمين » في الجاهلية ، كان طبعياً أن يرتضي الناس حكمه وأن ينزلوا على آرائه .

وقد كان عمر بن الخطاب كذلك من حكام العرب في الجاهلية . فقد روي انه كان يقضي فيما سبّب العرب ، بعضها من بعض ، قبل الاسلام ، وقبل أن يبعث

(١) الماوردي : أدب القاضي جـ ٢ رقم ١٨٧٨ ص ١٨ .

(٢) الجول لمة معناه عدم العلم ، ومعناه أيضاً الحق والأمانة . وقد اشتقت كلمة الجاهلية من الجهل وأطلقها المؤرخون العرب والقرآن على الرمان الذي سبق الاسلام ، لما فيه من جهل بالمعين ، وذلك بالقياس الى عصر الاسلام وما تلاه من علم وبقظة وحضارة واحتصاه بعضهم بحقة من الزمان تقارب القريش قبل ظهور الاسلام (يراجع بذلك . الدكتور صهيي محمدي . الأوضاع التشريعية في الدول العربية ص ١٧ و ١٨ ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٢ ، دار العلم للملايين بيروت ) .

(٣) الأستاذ أحمد أمين . صحر الاسلام ص ٢٢٥ ، الطبعة العاشرة ١٩٦٩ ، دار العلم للملايين بيروت .

النبي : بأن من عرف أحداً من أهل بيته مملوكاً في حي من أحياء العرب ، ففداء العبد بالعبدین ، والأمة بالأمتهین . أي انه قضی بأن یفدى الحر الذي وقع عليه السباء بعبدین ، والحره بأمتهین<sup>(١)</sup> .

#### ٧- (ثانياً) - مركز القاضي في الجاهلية :

كان القاضي في الجاهلية انساناً متميزاً ، فإذا كان شيخ القبيلة أو رئيسها ، فإن رئاسته لم تكن إلا لما تتمتع به من صفات ومميزات . وإذا كان كاهناً ، فالكهنة في الجاهلية هم رجال الدين ، ولا يخفى ما لرجال الدين في جميع العصور والأقطار من سلطان على الناس ، ومن احترام لهم في نفوسهم . وإذا كان من غير هؤلاء ، فلا بد من أن تكون صفاته الخلقية والنفسية قد أهله لذلك<sup>(٢)</sup> .

#### ٨- (ثالثاً) - مصادر القانون في الجاهلية :

الحكام في الجاهلية لم يكونوا يحكمون بقانون مدون ، ولا بشرية مكتوبة ، ولا بموجب كتب سماوية ، وإنما يرجعون الى عرفهم وتجاربهم وفراستهم في الأمور ، وما يستنبطه اجتهداهم من القياس على الأشياء ، برد الأمور الى مشابهاتها ، فكانت أحكامهم أحكام طبع وسليقة ، أتت من غير تكلف ولا تمتعت . ولهذا قبلت لموافقتها الطبع ، وصارت سنة متبعة ، وعرفاً من الأعراف ، وبينها أحكام ثبتها الاسلام<sup>(٣)</sup> .

والأحكام التي أصدرها حكام الجاهلية : كقطع يد السارق اليميني ، وصلب قاطع الطريق ، لم تنصر أحكاماً عامة مشتت بين جميع العرب ، وإنما بقيت رأياً واجتهاداً ، قد يتبعه بعض ، وقد يخالفه بعض آخر . فأحكامهم لهذا أحكام محلية ، قد تصير عرفاً ، إذا انتزعت من صميم الواقع ، وعفلية المحيط<sup>(٤)</sup> .

ويظهر أن مكة ، قُبيل الاسلام ، بلغت شيئاً من الرقي في نظامها الحكومي ، ومنه القضاء ، كما يدل على ذلك ما روي عن توزيع الأعمال على عشرة رجال من عشرة أبطن ، ومنها شيء يتعلق بالقضاء عهد به الى أبي بكر في الجاهلية . فقد ذكر انه عهد إليه بالأشناق وهي الديبات والمغارم التي تدفع لاسكات أهل المجنى عليه<sup>(٥)</sup> .

#### ٩- (رابعاً) - المحاكم في الجاهلية :

افتترض البعض<sup>(٦)</sup> أن تكون المعابد - وهي مواضع تجمع الكهان - محاكم العرب

(١) و (٢) الأستاذ طاهر القاسمي : نظام الحكم ص ١٥ - ١٦

(٣) الأستاذ جواد علي : المفضل في تاريخ العرب قبل الاسلام - ص ٥٠٥ مذكور عند الأستاذ طاهر القاسمي ص ٢٠ والمعامل ١ من ذات الصفحة .

(٤) الأستاذ حواد علي : دلت المرجع ص ٦٥١ .

(٥) الأستاذ أحمد أمين . المرجع السابق ص ٢٢٦ - ٢٢٧ .

(٦) الأستاذ طاهر القاسمي : المرجع السابق ص ٢٤ و ٢٥

في الجاهلية ، أو تكون سوق البلدة مكان جلوس قاضي السوق . وذكر أن عامر بن الظرب كان يجلس قدام بيته ، وإن غيلان بن الثَّقَفي كانت له ثلاثة أيام : يوم يحكم بين الناس ، ويوم ينشد فيه شعره ، ويوم ينظر فيه الى جماله .

#### ١٠ - (خامساً) - أحكام من الجاهلية :

يذكر البعض<sup>(١)</sup> أن الأحكام التي صدرت في الجاهلية لم يصل اليها منها إلا القليل ، وهي معثرة في كتب الادب والتاريخ ومنها : أن عمر بن الخطاب قضى في الجاهلية بأن يقتل العربي الحر بعدلين ، وإن تقتل الصربية الحرة بأمتين<sup>(٢)</sup> . وأن يعمر بن عوف سمي « الشداخ » لشدة خي - أي ابطاله الدماء بين قبيلتي قريش وخزاعة . وكانت قريش قتلت خزاعة ، وأزادوا اخراج خزاعة من مكة . فتراضى الفريقان بيعمر ، فعحكم بينهم وسأوى بين الدماء ، وعلى ألا تخرج خزاعة من مكة . وإن ذا المجاسد - وهو عامر بن جُشم - ورث ماله لأولاده في الجاهلية : للذكر مثل حظ الأنثيين ، مع أن العرب كانوا متفقين على توريث البنين دون البنات ، فوافق حكمه حكم الاسلام . وإن عامر بن الظرب المدواني حكم في موضوع الخنثى حكماً جبرى الاسلام به<sup>(٣)</sup> ، فقد اختصم اليه في ميراث خنثى ، له ما للرجل وما للمرأة ، فقال له المتخاصمان : أتعمله رجلاً أو امرأة ؟ فقال : حتى أنظر في أمركم ، فوالله ما نزل بي مثل هذا منكم يا معشر العرب . فاستأخروا عنه فبات ليلته ساهراً ، يقلب أمره ، وينظر في شأنه ، لا يتوجه له منه وجه . وكانت له جارية يقال لها : سُخَيْلَة ترعى عليه غنمه ، وكان يعاتبها إذا سرحت فيقول : صَبَّحْتَ والله يا سخيل . وإذا أراحت عليه قال : مَسَّيْتَ والله يا سخيل ، وذلك أنها كانت تؤخر السرح حتى يسبقها بعض الناس ، وتؤخر الإراحة حتى يسبقها بعض . فلما رأت سهر غلومها ، وقلة قرازه على فراشه ، قالت : مالك لا أبا لك ، ما عراك في ليلتك هذه ؟ قال : ويلك . دهيني ، أمر ليس من شأنك . ثم عادت له بمثل قولها . فقال في نفسه : عسى أن تأتي بما أنا فيه بفقرج . فقال : اختصم إلي في ميراث خنثى ، أأجعله رجلاً أو امرأة ؟ فوالله ما أدري ما أصنع ، وما يتوجه لي فيه وجه . فقالت سبحان الله ، لا أبا لك ، أتبع القضاء المبال . أقده ، فإن بال من حيث يبول الرجل فهو رجل ، وإن بال من حيث تبول المرأة فهي امرأة . قال : مَسَّي سُخَيْلَ بعدما أو صَبَّحِي . فرُحَّتْها والله . ثم خرج على الناس حين أصبح ، ففضى بالذي أشارت عليه به .

وحكم أيضاً في الخنثى ذُوب بن حَوَظ الطائي في الجاهلية مثل حكم عامر بن الظرب<sup>(٤)</sup> .

(١) الاستاذ ظافر القاسمي . المرجع السابق ص ٣١ حتى ٣٤

(٢) الأمانة - الحادثة غير الحرة .

(٣) و (٤) الاستاذ ظافر القاسمي . المرجع السابق ص. ص ٣٣ - ٣٤ .

## (ج) المراحل التي مرَّ بها القضاء في الاسلام :

يقسم الفقهاء المسلمون المراحل التي مرَّ بها القضاء في الاسلام كالآتي<sup>(١)</sup> :

١١ - (أولاً) - القضاء في عهد النبي محمد<sup>(٢)</sup> :

(١) - النبي أول قاض في الاسلام :

إن أول من قام بوظيفة القضاء في الإسلام هو النبي محمد<sup>(٣)</sup> ، فإنه - كما كان مأموراً بالدعوة إلى الدين - كان مأموراً بالحكم والقضاء بين الناس. فيما يكون بينهم من خصومات ومنازعات .

فقد جاء في الحَلْف الذي عقده الرسول بين المهاجرين وبين أهل المدينة من المسلمين واليهود وغيرهم : «أنه ما كان بين أهل هذه الصحيفة من حَدَثٍ أو شجار يُخَافُ فساده ، فإن مرَّه إلى الله عزَّ وجلَّ وإلى محمد رسول الله » . وهذا صريح في أن النبي الكريم كان الفصل بين سكان المدينة الأصليين والقادمين إليها من المهاجرين ، فإنه وحده يردون كل نزاع ، وهو قاضهم الوحيد في كل خصومة<sup>(٤)</sup>

وقد كان النبي ﷺ يقضي بين المتنازعين ويحكم بين المشاجرين .

وروى أبو هريرة أن النبي قال : « إذا جلس القاضي للحكم بعث الله إليه ملكين يستدانه فإن عدل أقاما وإن جار عرجاه وتركاه »<sup>(٥)</sup> .

(٢) مصادر القانون في عهد النبي محمد :

كان الرسول الكريم يرجع في قضاؤه إلى القرآن ، أو ما يهديه إليه الله عن نظر واجتهاد . فقد كان يفصل بين المتنازعين ببساطة تامة مبرأة من أبهة القضاة وكبرياء التحكيم ، فهو يحكم بالظاهر والله يتولى السرائر ، ويصرح لأصحابه بأنه لم يؤت علم الغيب ، فقد يختصم إليه متقاضيان منهم ، فلعل أحدهما ألحق بحجته من الآخر : « إنما

---

(١) الأستاذ زكي الدين شعان المرجع السابق ص ٧ حتى ١٥ ، الدكتور محمد سلام مذكور . المرجع السابق ص ٢١ حتى ٣٢ ، الأستاذ علي علي منصور : نظم الحكم والإدارة في الشريعة الإسلامية ص ٣١٨ حتى ٣٢٤ ، الطبعة الأولى ١٩٦٥ مطبعة غيمر بالقاهرة ، الأستاذ عبد الباقي الكري : المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية ص ١ ورقم ١٨٤ ص ٤٧١ حتى ٤٧٣

(٢) وُلِدَ النبي محمد سنة ٥٧٠ م وبدأ رسالة الاسلام سنة ٦١٠ م وتوفي سنة ٦٣٢ م ( الدكتور صبحي عجماني الأوصاف التشريعية ص ٨٣ ) .

(٣) يرى الأستاذ ميرو أن النبي محمد لم يكن قاضياً وإنما كان مجرد حكم يتفق عليه المتناصحات (V. Millant L.: Introduction à l'étude du droit Musulman, Rec. Sirey 1970, n° 853 p. 691).

(٤) الدكتور صبحي الصالح : نظم الإسلامية ، دار العلم للملايين بيروت ١٩٨٠ ، ص ٣١٨

(٥) أبو الحسن الماوردي : أدب القاضي ، تحقيق محيي هلال السرحان ، بغداد ١٩٧١ ، الجزء الأول رقم ١٥ ص ١٣٠

أنا بشر مثلكم وانكم تختصمون إليّ ولعلّ بعضكم ألحنُ بحجته<sup>(١)</sup> من بعض ، فمن قضى له بشيء ليس حقاً له فإنما هي قطعة من النار ، فليأخذها أو وليدعها<sup>(٢)</sup> .

(٣) بعض أحكام النبي :

وروى العلماء الكثير من الأحكام التي أصدرها النبي نذكر هنا بعضها<sup>(٣)</sup> :

- ان ناقة البراء بن عازب دخلت حائضاً (بستاناً) فأفسدت فيه ، فقضى النبي « على أهل الحواط : حفظها بالنهار ، وما أفسدت المواشي بالليل ، ضامن على أهلها » .

- وان النبي أقطع أبا بكر وربيعة الأسلمي أرضاً ، فيها نخلة مائلة أصلها في أرض ربيعة وفرعها في أرض أبي بكر ، وادعى كل منها أنها له . فانطلقا الى النبي فقضى أن الفرع لمن له الأصل .

- وان خنساء ابنة خذام الانصارية زوجها أبوها وهي ثيب ( أي بعد مفارقة زوجها الأول ) فكرهت ذلك فأنت النبي فردّ زواجها فقالت له : ما كنت لأردّ على أبي شيئاً صنعه ، ولكن أحببت أن يعلم النساء أن هن في أنفسهن أمراً .

- وان امرأة طلقها زوجها وأراد أن ينزع ولدها منها فجاءت الى النبي فقال لها : أنتِ أحق به ما لم تزوجي .

- وان رجلاً عضّ يد رجل آخر فنزع يده من فمه فوقعت ثيابه - أسنان مقدم الفم - فاختمصموا الى النبي فقال : يعرض أحدكم يد أخيه كما يعرض الفحل ( الذكر من الحيوان ) لا دية لك .

- وان رجلاً اختصم آخر في أرض فقال له النبي : ألك بينة ؟ قال : لا . فقال : فيمينه ؟ فقال المدعي : انه فاجر لا يبالي باليمين ، فقال له : ليس لك إلا ذلك .

وإذا ما أصدر النبي عليه السلام حكمه كان على المتخاصمين أن يسلموا به تسليماً ، فحكمه مقرون بالتنفيذ المعجل الذي لا حاجة معه الى الإستئناف والنقض<sup>(٤)</sup> ، كما قال الله : ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً ﴾ .

(٤) قضاة النبي :

الواقع أن بساطة الحياة في عهد النبي لم تكن تستدعي في المدينة ذاتها كثيراً من

(١) ألحن بحجته : أظن بها وأقصر ، فقد يزخرف الباطل فيتغلب على الحق . الدكتور مذكور ص ٢٢

(٢) الدكتور صبحي الصالح . المرجع السابق ص ٣٢٠ .

(٣) يراجع في ذلك ، الأستاذ طاهر القاسمي ص ٨٤ حتى ٨٩ ، الاستاذ ركي النعيم شعبان ص ٨

(٤) الدكتور صبحي الصالح . المرجع السابق ص ٣٢٠

القضاة ، وحسب القوم فخراً أن يكون قاضيه في خلافاتهم القليلة المحدودة رسول الله . على أنه لما اتسعت رقعة الدولة الإسلامية ، بعث النبي عليه السلام ولاة الى بعض الأقاليم وعهد إليهم بالقضاء ، فكان الوالي هو الحاكم والفاضي<sup>(١)</sup> . ومن هؤلاء علي بن أبي طالب فقد بعثه الى اليمن والياً وقاضياً ولم يختبره لعلمه به ودعا له قائلاً : « اللهم أهد قلبه وسدد لسانه » ثم أرشده الى ما يعينه على الوصول الى الحق ، فقال : « إذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ، فإنه أخرى أن يتبين لك القضاء » . قال الامام علي : « فما زلت قاضياً ، وما شككت في قضاء بعد » . واستخلف الرسول عتاب بن أسيد على مكة بعد الفتح والياً وقاضياً وقال : « يا عتاب انتهت من بيع ما لم يقضوا وعن ربح ما لم يضموا »<sup>(٢)</sup> . وبعث معاذاً ابن جبل الى الجند<sup>(٣)</sup> ليعلم الناس القرآن والشريعة ويقضي بينهم ، وهو الذي أجاب النبي عن مصادر الحكم عندما سأله : كيف تقضي إذا عرض لك قضاء . وقُلت النبي دحية الكلبي قضاء ناحية اليمن وكان يشبهه بجبريل عليه السلام<sup>(٤)</sup> .

وكان النبي الكريم يعلم أصحابه أصول الدعوى ، وأساليب التظلم والشكوى ، فعلى المدعي أن يبين الحق بالدليل ، وعلى خصمه إن أنكر أن يحلف اليمين « البيعة على المدعي ، واليمين على من أنكر » .

ولم يكن عليه السلام يقلد القضاء أحداً طلبه ، ولا سيما إن كان ضعيفاً لا يقدر على إقامة الحق ، فقد قال لأبي بردة بن أبي موسى الأشعري ورجلين من بني عمه : « إنا والله لا نولي هذا العمل أحداً سألناه » . وقال لأبي ذر الغفاري يوم سأله أن يستعمله : « يا أبا ذر ، إنك ضعيف ، وإنها أمانة ، وإنها يوم القيامة خزي وندامة إلا من أخذها بحقها ، وأدى الذي عليه فيها » . وقال بصورة عامة واعظاً مرشداً : « من ابتغى القضاء وسأل فيه الشفعاء وكل الى نفسه ، ومن أكره عليه أنزل عليه مَلَكٌ يسدده »<sup>(٥)</sup> .

(١) الأستاذ ظفر القاسمي المرجع السابق ص ٩٠ ، الدكتور محمد مذكور : المرجع السابق ص ٢٢ و ٢٣ ؛ الأستاذ ركي الدين شعبان : المرجع السابق ص ٩ ، الأستاذ علي منصور : المرجع السابق ص ١٣ ؛ الدكتور صبحي الصالح : المرجع السابق ص ٣٩٩ .

(٢) الماوردي : أدب القاضي ج ١ رقم ١٨ ص ١٣١ .

(٣) الجند : بلدة في اليمن بينها وبين صنعاء حوالي ٧٥ ميلاً وينسب إليها كثير من العلماء ( الأستاذ ركي الدين شعبان : المرجع السابق ص ١٠ ) .

(٤) الماوردي : أدب القاضي ج ١ رقم ٢٠ ص ١٣٢ .

(٥) الدكتور صبحي الصالح : المرجع السابق ص ٣٢٠ .

## ١٢ - (ثانياً) - القضاء في عهد الخلفاء<sup>(١)</sup> :

### (١) القضاء في عهد أبي بكر :

وعلى ذات طريقة النبي سار أبو بكر فكان يقضي بين الناس في المدينة ، وكان ولاته يقضون بين الناس في الأقاليم . وكانت مصادر القانون في عهده : القرآن والسنة والاجتهاد بعد البحث ومشورة الصحابة<sup>(٢)</sup> . وذكر البعض أنه أسند القضاء في المدينة إلى عمر ، فظل سنتين لا يأتيه متخاصمان لما عرف به من الشدة<sup>(٣)</sup> ، كما أنه بعث أنساً قاضياً إلى البحرين .

### (٢) القضاء في عهد عمر بن الخطاب .

ولما انتشر الاسلام في عهد عمر وازدادت أعباء الحكم ، وتوسعت مهام الولاية ، فصل عمر بن الخطاب القضاء عن الولاية ، وعيّن للقضاء أشخاصاً غير الولاة<sup>(٤)</sup> ، وفصل بين السلطتين التنفيذية والقضائية : فعيّن أبا الدرداء معه قاضياً في المدينة ، وعيّن شريحاً قاضياً في البصرة ، وعيّن أبا موسى الأشعري قاضياً في الكوفة<sup>(٥)</sup> .

وظل القضاء في عهده يرجعون في قضائهم إلى القرآن ، فإن لم يجدوا حكماً التمسوه في السنة ، فإن لم يعرفوا فيها شيئاً ، سألوا الفقهاء المجتهدين هل فيهم من يعرف شيئاً في السنة في هذا الأمر<sup>(٦)</sup> ، فإن وُجد أخذوا بما يقول بعد الإستيثاق ، وإلا اجتهدوا اجتهداً جماعياً إذا كان الموضوع له علاقة بالمبادئ الأساسية للجماعة ، واجتهدوا فردياً في الجزئيات الخاصة بالأفراد<sup>(٧)</sup> .

وقد شهد النبي على عدالة عمر ، حيث قال : « أينما دار عمر فالحنن معه »<sup>(٨)</sup> . ومن قضية عمر كذلك : أبو مریم ایاس بن صبیح الحنفي ، فقد عينه الخليفة عمر على البصرة ثم عزله بناء على شكوى الناس من ضعفه . إذ بلغه أنه أثناء نزاع بين رجلين على دينار ، أصلح أبو مریم بينهما ، ودفع الدينار من ماله ، فكتب إليه عمر : « إني لم

(١) تمتد عهد الخلفاء من وفاة النبي إلى وفاة علي بن أبي طالب ، أي من سنة ١١ هـ إلى سنة ٤٠ هـ / ٦٣٢ م .

(٢) (الدكتور صبحي عمصلي . الأوضاع التشريعية ص ٨٦)

(٣) الأستاذ زكي الدين شهبان : المرجع السابق ص ١٠ .

(٤) الدكتور محمد سلام مذكور : المرجع السابق ص ٢٥ ، الأستاذ علي علي مصور : المرجع السابق ص ٣٢٠

(٥) يشك الأستاذ ميو في كون عمر قاضياً أو كونه عين قضاة ويرى أن التحكيم بقي سائداً حتى في عصره MII- lot: op. cit n° 853 p 691

(٦) ابن حنبلون (عبد الرحمن) . المقدمة ، الجزء الأول ص ١٧٤ ؛ الدكتور محمد سلام مذكور : المرجع السابق ص ٢٦ ؛ الأستاذ زكي الدين شهبان . المرجع السابق ص ١١

(٧) والذي كان يدعوهم إلى ذلك هو أن السنة لم تكن مجموعة في كتاب ، بل كانت مغفوفة في صدور الناس يحفظ أحدهم منها ما لا يحفظه الآخر

(٨) الدكتور محمد سلام مذكور : المرجع السابق ص ٢٨ .

(٩) الدكتور صبحي عمصلي . تراث الخلفاء الراشدين ، بيروت ١٩٨٤ ، ص ١٦١



أوجهك لتحكم بين الناس بمالك ، إنما وجهتك لتحكم بينهم بالحق » . وروى ابن حزم عن عمر أنه ولى الشفاء العدوية ، وهي امرأة من قومه ، ولاية الحسبة في السوق <sup>(١)</sup> .

#### (٣) القضاء في عهد عثمان بن عفان :

كان عثمان بن عفان أول من خصص داراً للقضاء ، وكان القضاء في عهد الخلفيتين قبله في المسجد . وكان عثمان يستشير في قضائه علياً وغيره قبل إصدار حكمه . وقد عرض منصب القضاء على عبد الله بن عمر ، فاعتذر عن القبول ، رغم إصرار عثمان . وقال له : « أما سمعت رسول الله يقول من استعاض بالله فأعبدوه ، وأنا أعوذ بالله أن أكون على القضاء » . وقيل أن عثمان بن عفان لم يستعمل قاضياً بالمدينة إلى أن قتل <sup>(٢)</sup> .

وقد روي أن الإمام علياً كان قد بنى ، على عهد عمر بن الخطاب ، ضفيراً لسد ماء السيل بين أرضه وأرض طلحة بن عبد الله . فاختصا بسببه إلى عثمان بن عفان . فركب هذا مع الطرفين إلى مكان الضفير ، حتى رآه . ثم قال : « لا أرى منه ضرراً » ، وقد كان على عهد عمر ، ولو كان جوراً لم يدعه <sup>(٣)</sup> . وهذا الذي قام به عثمان يشبه في أماننا الكشف الحسي أو المعاينة المادية التي يقوم بها القاضي بالكشف على مكان الحادث .

#### (٤) القضاء في عهد أمير المؤمنين علي بن أبي طالب :

لقد شهد النبي أن : « القضاء كما يقضي علي . أو أقضى أمتي علي . أو أقضاكم علي » . وشهد الصحابة ، ومنهم عبد الله بن مسعود وأبو هريرة ، بأن علياً كان أقضى أهل المدينة . وقال عمر عنه : « أقضانا علي » . وكان يتعوذ بالله من معضلة تحدث له وليس لها أبو الحسن فيقول : « لولا علي لهلك عمر » <sup>(٤)</sup> . وقيل لعطاء : « أكان من أصحاب محمد أحد أعلم من علي ؟ قال : « والله ما أعلمه » . وكان معاوية يكتب فيها ينزل عليه ليسأل له علي بن أبي طالب عنه ، فلما بلغه قتله قال : « ذهب العلم بموت علي » ومن كلام ضرار فيه ، وقد طلب منه معاوية وصفه بعد وفاته ، فقال : « كان ، والله ، بعيد المدى ، شديد القوى ، يقول فصلاً ، ويحكم عدلاً ، يتفجر العلم من جوانبه ، وتنفق الحكمة من نواحيه » <sup>(٥)</sup> .

وحكم علي بين الناس ، ولما خرج إلى البصرة استخلف عبد الله بن عباس على

(١) الدكتور صبحي محمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٦٤ و ١٦٥

(٢) وكيع ، أخبار القضاة ج ١ ص ١١٠

(٣) الدكتور صبحي محمد باي : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٦٠

(٤) الدكتور صبحي محمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٦٢ .

(٥) الناهي الاتنلسي : تاريخ قضاة الأندلس ص ٢٣

المدينة ، وولى أبا الأسود الدؤلي إمارة البصرة وقضاها ، وكلفه بوضع كتاب في أصول النحو ، ثم عزله بعد مدة لثروته ، لأن « كلامه كان يعلو على كلام الخصمين » .

وكان أمير المؤمنين علي يتعهد الولاية والقضاة بالارشادات والتوجيهات<sup>(١)</sup> ، وقد تحدثت كتب القضاء والفقه والتاريخ عن اجتهاد هذا الامام القاضي وعن أحكامه التي اتصفت بالفتنة والذكاء ، والدقة وصواب التفكير وأدت الى إحقاق الحق وإقامة العدل<sup>(٢)</sup> .

ونحن هنا نذكر بعض الأمثلة عن تلك الأقضية اختارها الدكتور صبحي المحمدي في كتابه « تراث الخلفاء الراشدين »<sup>(٣)</sup> ، على أن نذكر غيرها في مواضع أخرى .

منها قضية نسب : ادعى غلام أمام عمر على امرأة أنها أمه . فجاءت المرأة بنفر شهدوا بأنها لم تتزوج ، وأن الولد كاذب . فأمر عمر بضرب المدعي حد القذف . فعلم الامام علي بذلك ، فتدخل وعرض على الغلام أن يتزوج المدعى عليها . فصبرخت المرأة : « الله الله ، هو النار ، والله ابني » . ثم أقرت أن أهلها زوجها زنجياً دون رضاها ، فحملت منه هذا الغلام . وذهب الزوج غازياً فقتل ، وبعثت هي بالولد الى قوم نشأ بينهم ، وأثقت أن يكون ابنها . فحكم علي بثبوت نسب الغلام ، وبإلحاقه بالمدعى عليها<sup>(٤)</sup> .

وقضية قتل : ادعى شاب لدى الإمام علي أن أباه ذهب مع نفر في سفر ، وأنهم لما عادوا زعموا أن والده مات ولم يترك له شيئاً من المال ، وإن القاضي شريحاً استحلهم وأخل سبلهم . فأمر أمير المؤمنين علي بتوكيل شرطين بكل من المدعى عليهم ، لمنعهم من الاختلاط فيما بينهم . ثم استجوب كلا منهم على حدة ، عن تفصيلات يوم خروجهما ، ومكان نزولهم ، وعلة موت رفيقهم ، وكيف أصيب بجمله ، وكيف دفن وأين ، وما شاكل من الأسئلة الدقيقة . فكانت الأجوبة متناقضة . فأمر بسجنهم ، فظن كل منهم أن صاحبه قد أقر . فأقروا عندئذ جميعاً بحقيقة القضية . وبالنسبة حكم الإمام بتفرغهم المال ، وبإعدامهم قصاصاً<sup>(٥)</sup> . فهذه القضية تثبت جواز تفريق المدعى عليهم ، لأجل التحري والاستقصاء عن الحقيقة ، وتثبت أيضاً أن الإقرار الناتج عن

(١) الدكتور صبحي محمدي : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٦٦ .

(٢) يراجع في ذلك : التنري ( محمد تقي ) : قضاه أمير المؤمنين علي س أبي طالب ، مؤسسة الاعلام للطبوعات بيروت .

(٣) ص ١٨٢ و ١٨٣ .

(٤) وهذه القضية مذكورة أيضاً وبالتفصيل عند التنري : ص ٩ و ١٠ .

(٥) وهذه القضية مذكورة أيضاً وبالتفصيل عند التنري : المرجع السابق ص ٢١ و ٢٢ و ٢٣ .

ذلك يعتبر صحيحاً غير مشوب بالإكراه<sup>(١)</sup> .

وقضية من مكر النساء : كانت امرأة تهوى شاباً لا يبادلها الهوى . فصبت بياض بيض على ثوبها وبين فخلها ، واشتكت إلى عمر ، صارخة أن الشاب غلبها على نفسها ، وفضحها بين أهلها ، مشيرة إلى الآثار التي افتعلتها . فأنكر الشاب الدعوى . وأحال عمر القضية إلى الإمام علي . فأمر علي بماء حار ، صبّه على الثوب ، فجمد ذلك البياض . وهكذا ، ظهرت الحقيقة بفسطته ودقة بصره ، فقام ذلك مقام التحليل الكيميائي . وبالنتيجة زجر الامام المرأة ، فاعترفت بحيلتها ، وقضى يرد دعواها<sup>(٢)</sup> .

وحادثة لغز وتورية . وهي أن عمر بن الخطاب لقي حذيفة بن اليمان ، فقال له كيف أصبحت يا بن اليمان ؟ فقال أصبحت والله أكره الحق ، وأحب الفتنة ، وأشهد بما لم أره ، وأحفظ غير المخلوق ، وأصلي على غير وضوء ، ولي في الأرض ما ليس لله في السماء ، فغضب عمر من قوله وأمر بسجنه . ولما بلغ أمره الإمام علياً ، قال لعمر أن الرجل صادق ، فقد كان يقصد أنه يكره الموت وهو حق ، ويحب المال والولد وهما فتنة لقوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا أَمْوَالُكُمْ وَأَوْلَادُكُمْ فِتْنَةٌ ﴾ ، ويشهد بالوحدانية والموت والبعث والقيامة والجنة والنار والصراط ولم ير ذلك كله ، ويحفظ القرآن كتاب الله وهو غير مخلوق ، ويصلي على رسول الله على غير وضوء والصلاة عليه جائزة ، ويقصد أن له زوجة وولد والله تعالى لا زوجة له ولا ولد . فقال عمر كاد يهلك ابن الخطاب لولا علي<sup>(٣)</sup> .

ومنها كذلك قضايا تتعلق بتعيين خبراء أو أطباء شرعيين وامتناع العقاب لانتهاء المسؤولية بالإكراه والجنون وهي أمور تدخل في باب أصول المحاكمات الجزائية وقانون العقوبات ننتقي منها الآتي : فقد روي أنه أتى أمير المؤمنين بإمرأة بكر زعموا أنها زنت ، فأمر النساء فنظروا إليها فقلن هي عذراء ، فقال ما كنت لأضرب من عليها خاتم من الله ، وكان يميز شهادة النساء في مثل هذا . وروي عنه أيضاً أنه أتى بإمرأة مع رجل قد فجر بها فقالت استكرهني والله يا أمير المؤمنين فلما عرفها الحد . وروي أن عمر أتى بإمرأة مجنونة حبلى فقد زنت ، فأمر عمر برفعها ، فقال علي له يا عمر أما سمعت رسول الله يقول : رفع القلم عن ثلاثة : المجنون حتى يبرأ<sup>(٤)</sup> .

(١) الدكتور صبحي محمدي : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٨٣ .

(٢) يراجع في تفصيل هذه القضية أيضاً : التستري ، المرجع السابق ص ١٦ .

(٣) التستري : المرجع السابق ص ١١٠ .

(٤) التستري : المرجع السابق ص ٤٦ .

### ١٣ - (ثالثاً) - القضاء في عهد الأمويين<sup>(١)</sup> :

#### (١) مزايا القضاء في عهد الأمويين :

إمتاز القضاء في هذا العهد بمزيتين : الأولى هي استمراره لما كان عليه الحال في عهد الخلفاء ، من أن القاضي كان مجتهداً يحكم برأيه واجتهاده إذا لم يجد في القضية نصاً قطعاً أو إجماعاً سابقاً . والثانية : عدم تأثره بالسياسة وظل القضاة مستقلين لا يتأثرون بميول الدولة الحاكمة ، وكانوا مطلقين التصرف وكلمتهم نافذة حتى على الولاة<sup>(٢)</sup> .

وفي هذا العهد عُرف تسجيل الأحكام في سجل خاص ، وأول من قام بذلك قاضي مصر في عهد معاوية بن سفيان : القاضي سليم بن عتر<sup>(٣)</sup> ، وكان قد قضى في ميراث بين ورثة تخصموا اليه ، ثم تناكروا الحكم الذي أصدره ، فعادوا اليه مرة ثانية فحكم بينهم ودون الحكم في سجل خاص فكان أول حكم قضائي يسجل في الاسلام<sup>(٤)</sup> .

#### (٢) القضاء في عهد الخليفة الأموي عمر بن عبد العزيز :

كان الخلفاء الأمويون ، بوجه عام ، يسيرون في الدولة على نهج الملوك ، بالتحاذر الحجاب ومظاهر الأبهة . وكان بعضهم يستعمل سلطانه للبطش والسيطرة والكسب . وقد شذ عن ذلك الخليفة الأموي عمر بن عبد العزيز<sup>(٥)</sup> ، فعاد الخلافة الى سابق نهج الخلفاء الراشدين . فلقب لذلك عن حق بخامسهم<sup>(٦)</sup>

ولما كان والياً على المدينة ، قبل خلافته ، استقضى عليها عبد الرحمن بن يزيد الأنصاري ، ثم خلفه أبو بكر بن عمرو بن حزم . ولما ولي الخلافة ، بقي أبو بكر هذا قاضياً على المدينة . وكان على قضاء مكة داود بن عبد الله الحضرمي ، وعلى مصر أيوب ابن شرحبيل ، وعلى فلسطين النصر بن مريم الحميري ، وعلى الاردن عبادة بن نسي الكندي ، وعلى بلعك العباس بن نعيم الأوزاعي ، وعلى الجزيرة عدي بن عدي . وعلى خراسان الجراح بن عبد الله الحكمي . وأثناء خلافته ، استقضى على الكوفة القاسم بن عبد الرحمن ، وعامر الشعبي ، وعلى دمشق عبد الرحمن العنبري ، وعلى

(١) تولى بنو أمية الخلافة الاسلامية من سنة ٤١ هجرية / ٦٦١ ميلادية حتى سنة ١٣٢ هـ / ٧٥٠ م (الدكتور صبحي محمدي : الأوصاف التشريعية ص ٩٠ - ٩١) .

(٢) الأستاذ علي منصور المرجع السابق ص ٣٧٢ .

(٣) تولى القاضي سليم بن عتر القضاء سنة ٤٠ هجرية / ٦٦٠ ميلادية ومكث فيه الى موت معاوية سنة ٦٠ هجرية / ٦٨٠ ميلادية (الدكتور محمد سلام مذكور ص ٣٠ هامش ١) .

(٤) الأستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٥٢٦ ، الدكتور محمد سلام مذكور : المرجع السابق ص ٣٠ ، الأستاذ زكي الدين شعبان : المرجع السابق ص ١٥ ، الأستاذ علي منصور : المرجع السابق ص ٣٢٣ .

(٥) الدكتور صبحي محمدي : تراث الخلفاء الراشدين ص ٧٣ .

(٦) ولد سنة ٦١ هجرية / ٦٨١ م وتوفي سنة ١٠١ هـ / ٧٢٠ م (الركلي : الاعلام ج ٥ ص ٥٠) .

اليمن وهب بن منبه ، وعلى الأهواز سالم بن سالم<sup>(١)</sup> .

وكان من أعمال عمر بن عبد العزيز الأولى عزل الولاة الظالمين . وقد وضع شروطاً صريحة لتولي القضاء<sup>(٢)</sup> وإقامة العدل . ولما كتب اليه واليه على خراسان أن القوم لا يكفهم إلا السوط والسيف ، أجابه : « لقد كذبت ، بل يصلحهم العدل والحق ، فابسط ذلك فيهم » ، وقال له : « لا تضربين مؤمناً ولا معاهداً إلا في حق ، واحذر القصاص » . وقد سمع عمر شكوى أهالي سمرقند ، بخصوص غدر جيش قتيبة ، وأحال شكواهم على القضاء . وقد رد مظالم بني أمية . فرد أموال آل معاوية التي كانت لبني هاشم . ورد كل أرض اغتصبها الوليد وسائر الأمويين إلى أصحابها . منها أمره العباس بن الوليد بأن يرد ضيعة كان اغتصبها والده من رجل ذمي من أهل حمص ، وكان سجلها باسم ابنه العباس<sup>(٣)</sup> .

وكان ابن عبد العزيز يهدف دائماً إلى العدل المثالي ، ويتابع التحري عنه لأجل تطبيقه . فقد سأل مرة محمد بن كعب عن معنى العدل . فأجابه : « سألت عن امر جسيم : كن لصغير الناس أباً ، ولكبيرهم ابناً ، وللمثل منهم أخاً ، وللنساء كذلك . وعاقب الناس على قدر ذنوبهم » . وقال في خطبة له : « ما منكم من أحد تبغنا عنه حاجة إلا أحببت أن أسد حاجته ما قدرت عليه » . وكان يقول : « إني وجدت كثيراً ممن كان قبلي من الولاة ، غر الناس بسلطانهم وقدرته . . . فلما وُكِّيت أتوني بذلك ، فلم يسعني إلا الرد على الضعيف من القوي ، وعلى الدنيا من الشريف » .

فهذا العدل يدل على ما يتحمل به عمر من جرأة في قول الحق وفي تطبيقه العملي .

وما لا ريب فيه أن معاناة العدالة القضائية والاجتماعية تصقل النفوس بالتجارب ، وترهف الحس بالمخالطة . فبعد أن كان عمر بن عبد العزيز ، قبل إمارته وخلافته ، يتصرف في حياته الخاصة بالزهد والكبر والترف ، أصبح بعد ذلك يتصرف بالتواضع والزهد والتقشف ، حتى قيل أن مشيته أصبحت مشية الرهبان .

فقد شهد الامام مالك بذلك ، إذ قال عنه : « كان عندنا ها هنا رجلاً صالحاً عدلاً . فلما ولي الخلافة ازداد وارتفع وزهد في الدنيا ، وارتفع الى فوق ما كان عليه<sup>(٤)</sup> » .

(١) المذكور صحيحي مصحفي : تراث الحلفاء الراشدين ص ١٦٦ .

(٢) يراجع لاحقاً فقرة ٢٦ ، رقم ٢ .

(٣) المذكور صحيحي مصحفي . تراث الحلفاء الراشدين ص ٧٦ و ٧٧ .

(٤) المذكور صحيحي مصحفي : تراث الحلفاء الراشدين ص ٧٨ و ٧٩ .

#### ١٤ - (رابعاً) - القضاء في عهد العباسيين<sup>(١)</sup>

وفي هذا العهد اتسع نطاق العمران ، وانتشر الاسلام ، وازداد النشاط العلمي والاقتصادي والاجتماعي ، فظهر الجدل الفقهي وقامت المذاهب الأربعة ، وعرف التقليد ، وضعفت روح الاجتهاد ، واختلفت أحكام القضاة : فكان القاضي في العراق يحكم وفق المذهب الحنفي ، وفي الشام والمغرب وفق المذهب المالكي ، وفي مصر وفق المذهب الشافعي ، وإذا تقدم خصمان على غير المذهب الشائع في البلد أناب القاضي عنه قاضياً آخر يحكم وفق مذهب المتخاصمين . وقد عمد بعض الخلفاء العباسيين الى التدخل في استقلال القضاة ، مما جعل الفقهاء يزهّدون في هذا المنصب ، ويتهربون منه ، ومن هؤلاء أبي حنيفة النعمان<sup>(٢)</sup> ، وزُفر صاحب أبي حنيفة ، والامام أحمد بن حنبل .

وقد أنشئت في هذا العهد وظيفة قضائية جديدة : هي وظيفة قاضي القضاة ، وقد عيّن فيها أبو يوسف<sup>(٣)</sup> وسُمّي قاضي القضاة<sup>(٤)</sup> ، فأصبح هو الذي يشرف على أمر تعيينهم ، وعزلهم ، وكان يتفقد أحوالهم وأعمالهم ، وهو أول من ميّز القضاة بزي خاص بهم يميزهم عن بقية الناس<sup>(٥)</sup> .

#### ١٥ - (خامساً) - القضاء في لبنان أيام الدولة العثمانية

عندما تأسست الدولة العثمانية في أوائل القرن الرابع عشر في الأناضول ، كانت الدول العربية آنذاك (ومنها بلاد الشام : سوريا ولبنان) خاضعة للشرعية الاسلامية كقانون عام ، وكان قضاة الشرع بوجه عام يشكلون المحاكم العادية . وبقيت الحال كذلك حتى القرن السادس عشر حيث أخذ الأتراك بالاستيلاء عليها تدريجياً ، وخضعت بلاد الشام لهم سنة ١٥١٦ م<sup>(٦)</sup> .

(١) تولّى العباسيون الحكم سنة ١٣٢ هـ / ٧٥٠ م (الاستاذ زكي الدين شهاب ص ١٥) .

(٢) وذكر أن أبا هبيرة والي العراق في عهد بني أمية عرّض منصب القضاء على أبي حنيفة فرفض وأصر على رفضه رغم حبيسه وضربه بالسوط حتى تورّم رأسه ، ثم هرب الى مكة وأقام فيها حتى خلافة العباسيين (الدكتور محمد سلام مذكور ص ١٤) .

(٣) أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم ، صاحب أبي حنيفة ، وذلك في عهد هارون الرشيد .

(٤) وكان يسمى في الأندلس قاضي الجماعة : Milliot n° 870 p. 699

(٥) الدكتور محمد سلام مذكور . المرجع السابق ص ٣١ ، الاستاذ طاهر القاسبي : المرجع السابق ص ٢٣٥ وما بعدها وذكر أنه لا يُعلم هل أخذ ذلك عن الفرس ، أو الروم ، أو كان من نوات أفكاره ، وأن أبا يوسف ولد عام ١١٣ هـ / ٧٣١ م وتوفي عام ١٨٢ هـ / ٧٩٨ م . ويُذكر أن هذا اللباس كان عبارة عن عمامة سوداء للرأس أو قلنسوة طويلة عالية ، وثوب خبز أو كساء من صوف وقطن (الحزّ : ما نسج من صوف وحرير) .

(٦) الدكتور صهي محصاني : الأوضاع التشريعية في الدول العربية ص ١٦٦ و ١٨٦ .

وقد كان التنظيم القضائي في جبل لبنان<sup>(١)</sup> على الشكل الآتي<sup>(٢)</sup> :

كانت السلطة القضائية في بادئ الأمر بيد رجال الدين ، ثم استولى الأمراء على الحكم في المناطق والأفضية فأخذوا يمارسون القضاء بأنفسهم أو بواسطة مندوبيين عنهم من علمانيين ورجال دين . وعهد الأمراء في الأصل الى تعيين القضاة من هؤلاء الآخرين ، محتفظين فقط بالمواد الجزائية التي أبفوها من صلاحيتهم أو صلاحية أصحاب الاقطاع<sup>(٣)</sup> ، وذلك حتى عام ١٧٤٥ حيث فقد هؤلاء امتيازاتهم .

وكان القضاة يطبقون في فصل الخصومات التقاليد والعادات ، وهي مستمدة في معظمها من الشرع الروماني بالنسبة الى المسيحيين ، ومن الشريعة الاسلامية بالنسبة الى المسلمين .

ولدى تولي الأمير بشير الشهابي الحكم<sup>(٤)</sup> عدل النظام القضائي وأدخل الشرائع المكتوبة وأوجب اعتماد الفقه الاسلامي . ولكن هذا النظام أثار احتجاج بعض أعيان الطائفة المارونية في كسروان لتعارضه مع بعض العادات السائدة في المنطقة منذ القديم ، كالعادة التي تقضي بحرمان الابنة من الارث ويحصر حقها بالبائنة أو بالهدايا .

وفي عام ١٨٤٢ قسّم الجبل الى قائمقاميتين ، وعيّن الأمير بشير فيها قاضياً للنصارى وقاضياً للدروز ، ثم أحدث نظاماً في عام ١٨٤٦ يقضي بإنشاء مجلس للموارنة ومجلس للدروز في كل قائمقامية . ويفصل كل من هذين المجلسين في الدعاوى بالاستناد الى العادات المحلية . وأما الدعاوى المختصة بكل طائفة فيحكم فيها القاضي أو المستشار الذي ينتمي الى هذه الطائفة ، ويكون أعضاء المجلس الباقون مستمعين فقط .

وفي عام ١٨٨٥ أقر المتصرف واصا باشا تطبيق الشرائع العثمانية في جبل لبنان ، ملغياً بذلك النظام القديم .

وهكذا أصبح القضاء في المدة الأخيرة من الخلافة العثمانية على ثلاثة أنواع<sup>(٥)</sup> :

#### (١) المحاكم الشرعية :

وقد حصر اختصاصها بمسائل الأحوال الشخصية وبعض القضايا المحدودة . وكانت مؤلفة من قاض منفرد يسمى قاضي أو نائب الشرع ، ويعينه شيخ الاسلام .

(١) جُرسجل لبنان منذ الفتن الطائفية التي مرت على لبنان سنة ١٨٦٠ م .

(٢) الدكتور ادوار عيد . مرسوعة أصول المحاكمات المدنية ج٢ ( ١٩٧٨ ) ص ٤٨ حتى ٥١

(٣) يلاحظ هنا الشيء بين هذا الوضع وما كان عليه الحال في الدولة الاسلامية خلال عهد الخلفاء .

(٤) وذلك عام ١٧٨٩ م .

(٥) الدكتور صهي محصاني : الأوضاع التشريعية ص ١٨٦

وكان القضاء الشرعي يطبق الأحكام الشرعية وحدها ، وفقاً للمذهب الحنفي الرسمي مبدئياً

#### (٢) المحاكم النظامية :

وهي المحاكم العادية التي تشكلت على أثر صدور القوانين العثمانية الجديدة المكتسبة عن القوانين الأوروبية ، وكان يدخل في اختصاصها جميع القضايا الجزائية والتجارية والمدنية التي لم تدخل في اختصاص المحاكم الشرعية أو المحاكم الخاصة .

وكان تشكيل هذه المحاكم النظامية على ثلاث درجات : محاكم البداية ، ثم محاكم الاستئناف ، ثم محكمة التمييز . وهي تتألف جميعاً من ثلاثة قضاة أو أكثر . ولكن كان يوجد للقضايا الصغيرة حكام صلح يفصلون فيها متفردين وبصورة سريعة .

#### (٣) المحاكم الخاصة :

وأهمها المحاكم القنصلية والمحاكم الروحية . فالأولى هي المحاكم أو المجالس التي كانت القنصليات الأجنبية صاحبة الامتياز تؤلفها للنظر في القضايا التي يكون لأحد رعاياها مصلحة في ذلك .

أما المحاكم الروحية ، فكانت المحاكم التي تنظمها طوائف الأقليات غير المسلمة ، للنظر في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بأبناء الطائفة .

وقد ظل هذا التنظيم مرعياً في لبنان حتى انهيار السلطنة العثمانية في نهاية الحرب العالمية الأولى ووضع لبنان تحت الانتداب الفرنسي<sup>(١)</sup> .

---

(١) وضع لبنان تحت الانتداب الفرنسي بموجب معاهدة فرساي الموقعة عام ١٩١٩ وقد عقبتها معاهدة سان ريمو عام ١٩٢٠



## المبحث الثاني

### التعريف بالقضاء في الاسلام

١٦ - (أولاً) - القضاء في اللغة :

القضاء في اللغة<sup>(١)</sup> : الحكم والأداء ، وجمعه الأقضية<sup>(٢)</sup> .

وقضى بين الخصمين وعليهما يقضي قَضِيًّا وقضاء وقضيه : حَكَمَ وفَصَلَ وقضى الشيء قضاء : صَنَعَهُ بإحكام وقَنَزه . وقضى الأمر عليه : حَتَمَهُ وأوجبه وألزمه به . وقضى السلطان فلاناً : جعله قاضياً . واستقضى فلان : جُعِلَ قاضياً والقاضي اسم فاعل : وهو الحاكم الشرعي لأنه يفصل الدعاوى بين الخصوم ويحكم بها ويبيِّن الحق من الباطل ، وجمعه : القضاة . وقاضي القضاة : رئيسهم وهو المتصرف في القضاء .

ورجل قضيي : أي سريع القضاء .

وقاضاه إلى الحاكم مقاضاة : رافعه ، وتقاضيا إلى القاضي تقاضياً : ترافعا

والقضية : مصدر وانسم من قضى .

والواقع أن معاني القضاء في اللغة ترجع إلى الحكم والفصل .

١٧ - (ثانياً) - القضاء في الاصطلاح الشرعي :

يعرف فقهاء الشريعة القضاء بأنه قول ملزم يصدر عن ولاية عامة<sup>(٣)</sup> ، أو هو الاخبار عن حكم شرعي على سبيل الالتزام ، فيقال قضى القاضي أي ألزم الحق

(١) يراجع في ذلك ، للمعلم بطرس البستاني ، معجم المحيط للمجلد الثاني ص ١٧٢٦ و ١٧٢٧ .

(٢) تنص المادة ١٧٨٤ من مجلة الأحكام المدلية على أن « القضاء يأتي بمعنى الحكم والحكامة » .

(٣) بطرس البستاني ، ذلت المرحع والمكان .

أهله<sup>(١)</sup> . ويقول العلامة ابن خلدون في المقدمة<sup>(٢)</sup> وهو بصدد بيان الخطط الدينية المختصة بالخلافة « وأما القضاء فهو من الوظائف الداخلة تحت الخلافة ، لأنه منصب الفصل بين الناس في الخصومات ، حسباً للداعي وقطعاً للتنازع ، إلا أنه بالأحكام الشرعية المتلقاة من الكتاب والسنة ، فكان لذلك من وظائف الخلافة ومندرجاً في عمومها » .

#### ١٨ - ( ثالثاً ) - القضاء في القرآن :

ورد لفظا القضاء والحكم ومشتقاتها في القرآن في مواضع مختلفة .

والأصل في القضاء قول الله : ﴿ يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ﴾ ( سورة ص رقم ٣٨ ، الآية ٢٦ ) . وجاء في تفسير هذه الآية : يا داود إنا جعلناك خليفة لمن قبلك من الأنبياء فأقم حكومتك على سنن العدل<sup>(٣)</sup> .

ومن الآيات القرآنية ما وجهه الى الناس كافة كقول الله : « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها ، وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ﴾ ( سورة النساء رقم ٤ ، الآية ٥٨ ) . وجاء في تفسير هذه الآية : إن الله يأمركم أن تردوا الأمانات الى أهلها . وهذه الآية نزلت يوم فتح مكة في عتمان بن طلحة ، وكان أميناً لفتح الحرم ، إذ أقفل بابه ومنع النبي من دخوله ، فأخذه عليّ منه وفتح الباب . فلما خرج النبي ، سأل العباس أن يعطيه المفتاح ، فنزلت هذه الآية ، فأمره الرسول أن يرد المفتاح لصاحبه فكان سبب اسلامه<sup>(٤)</sup> .

ومن الآيات القرآنية ما وجهه الى النبي كقول الله : ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ، ولا يجردوا حرحاً عما قضيت ﴾ ( سورة النساء رقم ٤ ، الآية ٦٤ ) . وجاء في تفسير هذه الآية . فوريك لا يكونون مؤمنين حتى يحكموك فيما يتنازعون فيه ، ثم لا يجدون في قلوبهم ضيقاً من قضائك ويسلمون به تسلياً<sup>(٥)</sup> . وقوله : « إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق ، لتحكم بما أراك الله ، ولا تكن للخائنين خصيماً ﴾ ( سورة النساء رقم ٤ ، الآية ١٠٥ ) . وجاء في تفسير هذه الآية : إنا أنزلنا اليك القرآن متلهاً بالحق لتحكم بين الناس بما عرفك الله وأوحى به اليك ، ولا تكن عن الخائنين مدافعاً ولا لهم محامياً<sup>(٦)</sup> . وقوله : « وإن احكمم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع

(١) الدكتور محمد سلام مذكور : المرجع السابق ص ١١

(٢) الجزء الأول من كتاب العمر ونبووان المتدا والغير ص ١٧٤ .

(٣) المصحف المفسر . الاستاذ محمد فريد وجلي ص ٦٠٠ ، مطابع الشعب بالقاهرة

(٤) المصحف المفسر . ذات المرجع ص ١١٠ .

(٥) المصحف المفسر . المرجع السابق ص ١١١

(٦) المصحف المفسر . المرجع السابق ص ١٢٠ .

أهواءهم ﴿ سورة المائدة رقم ٥ ، الآية ٤٩ ﴾ . وجاء في تفسير هذه الآية : إن الله أمر رسوله أن يحكم بين أهل الكتاب - اليهودية والنصارى - بالقرآن غير عابء بأهوائهم <sup>(١)</sup> .

١٩ - ( رابعاً ) - القضاء في السنة <sup>(٢)</sup> :

ورد لفظاً القضاء والحكم في السنة في مواضع كثيرة منها <sup>(٣)</sup> :

(١) الترغيب في القضاء وبيان قدره :

ففي صدد الترغيب في منصب القضاء وبيان علو قدره يقول النبي محمد : « لا حَسَدُ إِلَّا فِي اثْنَتَيْنِ : رَجُلٌ آتَاهُ اللَّهُ مَالاً فَسَلَّطَهُ عَلَى هَلَكَيْتِهِ فِي الْحَقِّ ، وَآخَرُ آتَاهُ اللَّهُ حِكْمَةً فَهُوَ يَقْضِي بِهَا وَيَعْلَمُهَا » . وجاء في شرح هذا الحديث : لا ينبغي الحسد والغبطة أي تمني مثل ما للغير إلا لشخصين : رجل غني يصرف ماله في مرضاة الله ، ورجل أعطاه الله الحكمة - أي العلم النافع - فهو يقضي بها ، أي يحكم بها بين الناس ويعلمها لهم ويعمل بها <sup>(٤)</sup> .

ومما يُشير إلى الترغيب إلى القضاء إلى قدر على العدل فيه قول الرسول : « إن المقسطين عند الله يوم القيامة ، على منابر من نور على يمين الرحمن . وكلنا يمينه يمين اللذين يعدلون في حكمهم وأهليهم وما ولوه » . وقوله عن يمين الرحمن معناه في الحالة الحسنة والمنزلة الرفيعة . وقوله ﷺ : « ما من أحد أقرب مجلساً من الله يوم القيامة ، بعد ملك مصطفى ، أو نبي مرسل ، من أمام عادي » . وزوي عن النبي قوله : « أن الله مع القاضي ، ما لم يحف عمداً » <sup>(٥)</sup> . وقد دعا الرسول ربه لإعانة القاضي العادل على الحكم فقال : « اللهم ، من ولي من أمر أمتي شيئاً فشق عليهم فاشقق عليه . ومن ولي من أمر أمتي شيئاً فرفق بهم ، فارفق به » <sup>(٦)</sup> .

(٢) خطورة القضاء :

وفي صدد تبين خطورة منصب القضاء يقول النبي : « من جُول قاضياً بين الناس

(١) المصنف القس : المرجع السابق ص ١٤٧

(٢) السنة في اصطلاح علماء الفقه ما روي عن النبي من أقوال ، أو أفعال ، أو تقريرات ، وهي بهذا المعنى المصدر الثاني من مصادر الشريعة الإسلامية ، تُستنبط منها القواعد كما تستنبط من القرآن ، ويرجع إليها في فهم المراد منه ، ومن هنا قالوا أصول الشرع : الكتاب والسنة ( الأستاذ بدران أبو العينين بدران : أصول الفقه ص ٧٣ ، دار المعارف بالاسكندرية ) .

(٣) تراجع نصوص هذه الأحاديث في . التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول : للشیخ منصور علي ناصف ، الجزء الثالث ص ٥٧ حتى ٧١ .

(٤) التاج الجامع للأصول : ذات المرجع ص ٥٨ ملبش ١ .

(٥) أشار إلى هذه الأحاديث : التباہي في كتابه تاریخ قضاء الأندلس ص ٣

(٦) ذكر هذا الحديث التباہي في تاریخ قضاة الأندلس ص ١١

فقد دُبِعَ بغير سكين»<sup>(١)</sup> . وجاء في شرح هذا الحديث : أن القاضي عندما تُعرض عليه قضية يبقى في جهد متواصل ، وقلق نفسي مستمر ، إلى أن يتبين وجه الحق ؛ وهذا الجهد ، وهذا القلق ، يشبه الدبِيع بغير سكين<sup>(٢)</sup>

وروي عن النبي قوله<sup>(٣)</sup> انه : « من ولي ولاية فأحسن فيها أو أساء ، أتى به يوم القيامة ، وقد غلت يمينه إلى عقه ، فإن كان عدلاً في أحكامه ، أطلق من أغلاله وجعل في ظل عرش الرحمن ، وإن كان غير عدل في أحكامه ، غلت شماله إلى يمينه ، فيسبح في عرقه حتى يفرق في جهنم » .

#### الزهد في القضاء :

وبالنظر إلى خطورة القضاء وخوفاً من الجور فيه زهد أئمة العلم بهذا المنصب لعل بعض هذه القصص أن يكون أقرب إلى الأساطير منها إلى الحقائق . من ذلك أن<sup>(٤)</sup> : « رجلاً طلب للقضاء ، فتجان ، وتحامق ، وركب فصبة ، واتبه الصبيان » . وقيل : إن القاسم بن وليد الحمداني - وقد أرسل إليه يوسف بن عمر بولي القضاء - فرئي يحكل عينيه بالزيت ويميز لحينه . فلما دخل على يوسف قال : هذا مجنون . أخرجه<sup>(٥)</sup>

وقد عرض الأمويون على أبي حنيفة منصب القاضي ، فرفضه فسمجنوه وعذبوه في السجن . . . وظلوا يضربونه كل يوم بالسياط حتى ورم رأسه ، ومع ذلك فلم يقبل المنصب . وقد ساءت صحته في السجن ، وبدأت الثورة تتجمع ضد الخليفة الأموي احتجاجاً على ما يحدث لأبي حنيفة فأطلق سراحه . ولكن العباسيين لم يتركوه ، فعرضوا عليه منصب قاضي القضاة فأبى وتمسك بالتفرغ للعلم ، وقالوا له أنه قد حصل من العلم ما يجعله في غنى عنه فرد : « من ظن أنه يستغني عن العلم فليتيك على نفسه »<sup>(٦)</sup> . وقد ألح عليه الخليفة في تولي القضاء أو في أن يكون مفتياً للدولة يرجع إليه القضاة فيما يصعب عليهم القضاء فيه فرفض أبو حنيفة فسأله الخليفة عن سبب رفضه فقال له : « والله ما أنا بمأمون الرضا فكيف أكون مأمون الغضب ؟ . . . » فقال الخليفة محقاً : « كذبت » . فقال أبو حنيفة للخليفة قد حكمت على نفسك . كيف يحل لك أن تولي قاضياً على أمانتك وهو كاذب ؟ وقد أمر الخليفة بحجسه ، وبضربه بالسياط حتى يقبل منصب قاضي قضاة بغداد لكن أبا حنيفة ظل يرفض ، وتدهورت صحته في السجن

(١) الذبيح هنا في المعنى العموي والمسي ( التاج الجامع للأصول ص ٥٩ هامش ٣ )

(٢) الأستاذ طاهر القاسمي : الرجع السابق ص ٤١

(٣) ذكر ذلك النباهي الأندلسي : تاريخ قصة الأندلس ص ١١

(٤) السند ظاهر القاسمي . المرجع السابق ص ١٤٦ ؛ وكيع . أبحار القضاة ج - ١ ص ٢٥ .

(٥) وكيع . أبحار القضاة ج - ١ ص ٢٦ .

(٦) الأستاذ عبد الرحمن الشرفاوي . شخصيات إسلامية ، أئمة الفقه التسعة ، دار اقرأ بيروت ١٩٨١ ، ص ٦٨

وأشرف على الهلاك وخشي معذبه ثورة الناس عليهم فأخرجوه وهو يعاني سكرات الموت وما عاد يستطيع الكلام حتى مات<sup>(١)</sup>. وذكر البعض<sup>(٢)</sup> أن أبا حنيفة سئل عن سبب امتناعه عن تولي منصب القضاء فأجاب : القضية ثلاثة : رجل لا يحسن العوم فأخذ البحر طولاً فما عساه أن يعوم ، يوشك أن يكلّ فيغرق . رجل لا بأس بعومه عام يسيراً فيغرق . ورجل لا يحسن العوم ألقي بنفسه على الماء فغرق من ساعته »

ومن تخلف عن قبول منصب القضاء أيضاً الإمام الشافعي ، فراجع الخليفة المأمون ، عندما عرض عليه منصب قاضي القضية ، بأمور منها أن قال له : « إن هذا الأمر لا يصلح له من يشركك في نسبك » . وهو القائل : « من ولي القضاء ولم يفتقر فهو سارق ، ومن لم يهين نفسه لم ينفعه العلم »<sup>(٣)</sup> .

ومن زهد في منصب القضاء كذلك الإمام الأوزاعي ، فقد عرض المنصب عليه مراراً فرفضه . ولما ولاه القضاء يزيد بن الوليد بن عبد الملك بن مروان الأموي ، جلس الأوزاعي مجلساً واحداً ثم استعفى فأعفى . ولما طلب إليه الأمير عبد الله بن علي العباسي أن يوليه القضاء ، امتنع قائلاً : « إن أسلافك لم يكونوا يشقون علي في ذلك . وإنني أحب أن تتم ما ابتدأوني به من الإحسان »<sup>(٤)</sup> . وقد سلف من رجال الأندلس رجال دعوا إلى القضاء فلم يجيبوا رهبة في صميم أنفسهم من منتظر العقوبة<sup>(٥)</sup> .

### (٣) صيانة القضاء عن الظلم والجهل :

وفي صدد صيانة القضاء عن الظلم والجهل في الحكم وتنبيه من تحدّثه نفسه الدخول فيه عن هو ليس أهلاً له يقول الرسول : « القضية ثلاثة واحد في الجنة واثنان في النار فأما الذي في الجنة فرجل عَرَفَ الحق فقاضى به . ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار . ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار »<sup>(٦)</sup> .

وفي رواية أخرى : « الحكام ثلاثة . اثنان في النار وواحد في الجنة . حَكَمَ حَكَمَ بجهل ، ففخسر ، فأهلك أموال الناس وأهلك نفسه ، ففي النار . وَحَكَمَ حَكَمَ فخدل أي جار ( وظلم ) ، فأهلك أموال الناس وأهلك نفسه ، ففي النار وَحَكَمَ عِلِمَ فعدل فأحرز أموال الناس وأحرز نفسه ، ففي الجنة »<sup>(٧)</sup> .

(١) الأستاذ عبد الرحمن الشرقاوي : ذات المرحص ص ٧٠ و ٧١

(٢) النباهي الأندلسي : تاريخ قضاة الأندلس ص ١٥ .

(٣) ذكر ذلك النباهي في تاريخ قصة الأندلس ص ١٥

(٤) الدكتور صبيح حمصاني - المجاهدون في الحق ، دار العلم للملايين بيروت ١٩٧٩ ، ص ٤١

(٥) يراجع في ذلك . النباهي الأندلسي ، تاريخ قضاة الأندلس ص ١٠ حتى ١٧

(٦) الدكتور محمد سلام مذكور : المرجع السابق ص ١٣ .

(٧) ذكر هذا الحديث السامي في تاريخ قصة الأندلس ص ٩ .

#### (٤) الحث على الاجتهاد<sup>(١)</sup> :

ورغبة حث القاضي على البحث والدرس والاجتهاد يقول النبي : « إذا حكم الحاكم فاجتهد فله أجران ، وإذا حكم فأتخطأ فله أجر » . وجاء في شرح هذا الحديث : إذا حكم القاضي فاجتهد أي بذل وسعه في الوصول الى الحق فأصابه فله أجران ، أجر على اجتهاده وأجر على وصوله الى الحق ، وإذا أخطأ فله أجر على اجتهاده فقط<sup>(٢)</sup> .

وقال النبي للقاضي مُعَاذُ بْنُ جَبَلٍ حين بعثه الى اليمن : « كيف تقضي ؟ قال : أقضي بما في كتاب الله . قال : فإن لم يكن في كتاب الله ؟ قال : فبسنة رسول الله . قال : فإن لم يكن في سنة رسول الله ؟ قال : اجتهد برأيي . قال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله » . فقول القاضي مُعَاذُ اجتهد برأيي أي أبذل طاقتي وجهدي في الوصول الى الحق بالقياس على القرآن أو السنة إذا اتفقا أو تقاربا في العلة<sup>(٣)</sup> .

وورد عن النبي أنه قال « ما من قاض يقضي بالحق إلا كان عن يمينه ملك ، وعن شماله ملك »<sup>(٤)</sup> .

#### (٥) أصول المحاكمة :

ويراد بها ما يلزم القاضي مراعاته حين الحكم بين الناس . كقول النبي : « لا يقضين حَكَمَ بين اثنين وهو غضبان »<sup>(٥)</sup> ، وقوله للإمام علي بن أبي طالب حين ولّاه قضاء اليمن : « إذا جلس بين يدك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء »<sup>(٦)</sup> .

#### ٢٠ - ( خامساً ) - أركان القضاء في الاسلام :

يذهب الفقه الاسلامي الى أن أركان القضاء هي الآتية (٧) :

(١) الاجتهاد في اللغة مصدر اجتهد إذا جدّ في الأمر ، وشرعاً بذل الطاقة في الوصول الى الحق من القرآن والسنة .

ولا يكون الانسان مجتهداً إلا إذا جمع خمسة علوم : علم القرآن ، وعلم السنة ، وأقوال السلف من اجماعهم واختلافهم ، وعلم اللغة ، وعلم القياس وهو طريق استنباط الحكم من القرآن والسنة إذا لم يجدهما صريحاً

لها ( التاج : المرجع السابق ص ٦٥ هامش ١ )

(٢) التاج : المرجع السابق ص ٦٦ هامش ١ .

(٣) التاج : المرجع السابق ص ٦٦ هامش ٢ .

(٤) ورد ذلك عند النباهي في تاريخ قضاء الأندلس ص ٤ .

(٥) الغضب . فوران الدم لشيء مؤلم ، وهو يجوز الطبع عن الاعتدال . فأمر القاضي بالاجتناب الحكم في هذه الحال لئلا يقع في الخطأ ، ومثل الغضب : مرض مؤلم ، وجوع أو عطش مفرط ، أو فزع مذهش وحوف

مقلق ونحوها ( التاج : المرجع السابق ص ٥٩ هامش ٦ ) .

(٦) أخرى : أي حديث أن يظهر لك الحق ( التاج : المرجع السابق ص ٦٠ هامش ٢ ) .

(٧) الدكتور محمد سلام مذكور . المرجع السابق ص ١٦ حتى ١٨ .

(١) حاكم أو قاض : وهو من عين من قبل السلطان للفصل في الدعاوى والخصومات ، إذ السلطان لا يستطيع أن يقوم بكل هذا .

وقد نصت المادة ١٧٨٥ من مجلة الأحكام العدلية أن : « القاضي هو الذات الذي نصب وعين من قبل السلطان لأجل فصل وحسم الدعوى والمخاصمة الواقعة بين الناس توفيقاً لأحكامها المشروعة » .

(٢) حُكْم : وهو ما يصدر عن القاضي لحسم النزاع وقطع المخاصمة ، وهو إما بإلزام المحكوم عليه بكلام ينطق به القاضي فيقول : حكمت عليك بكذا ، وهذا ما يسمى قضاء إلزام أو استحقاق بالفعل ، مثل ما يقع من القضاة في القسمة الجبرية ، وأما يمنع القاضي المنازعة بقوله للمدعي : ليس لك حق قبل خصمك بعد عجزك عن الإثبات وحلف المدعي عليه ، وهذا ما يسمى قضاء الترك .

وتطبيقاً لذلك نصت المادة ١٧٨٦ من مجلة الأحكام العدلية على أن : « الحكم هو عبارة عن قطع القاضي المخاصمة وحسمه إياها وهو على قسمين : القسم الأول هو إلزام القاضي المحكوم به على المحكوم عليه بكلام كقوله حكمت أو اعط الشيء الذي ادعى به عليك ويقال له قضاء الإلزام وقضاء الإستحقاق ، والقسم الثاني هو منع القاضي المدعي عن المنازعة ويقال له قضاء الترك » .

(٣) المحكوم به : وهو الحق المحكوم به ، وهذا يكون إما حقاً خالصاً لله أو للإنسان أو مشتركاً بينهما وأحدهما غالب . والمراد بحق الله في نظر المذهب الحنفي حق المجتمع ، وإنما أضيف الحق لله إشعاراً بأهميته وتشريفاً له .

وإذا كان الحق المطلوب خالصاً للإنسان أو حقه غالباً فيه ، لزم أن يكون طالب الحكم هو صاحب الحق أو من ينوب عنه ويسمى المدعي . أما إذا كان الحق المطلوب خالصاً لله أو حقه فيه غالباً فإن الدعوى تكون حِسْبة من قبيل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وهي وإن كانت من واجبات المحتسب ، إلا أنه كان يجوز أن يتقدم بها أي شخص حماية للمجتمع .

وقد نصت المادة ١٧٨٧ من مجلة الأحكام العدلية أن : « المحكوم به هو الشيء الذي ألزمه القاضي المحكوم عليه وهو إيفاء المحكوم عليه حق المدعي في قضاء الإلزام وترك المدعي المنازعة في قضاء الترك » .

(٤) المحكوم عليه : وهو من يصدر ضلله الحكم ( المادة ١٧٨٨ من المجلة ) .

(٥) المحكوم له : وهو المدعي بحق له خالصاً أو يغلب فيه حقه ( المادة ١٧٨٩ ) .

## ٢١ - (سادساً) - القضاء والتحكيم :

التحكيم في الإصطلاح الفقهي يقصد به أن يُحكّم اثنان أو أكثر آخر بينهم ليفض النزاع ويطبق حكم الشرع<sup>(١)</sup>.

وأصل مشروعية التحكيم في الاسلام قول الله في القرآن : ﴿ وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما ﴾ (سورة النساء رقم ٤ ، الآية ٣٥)<sup>(٢)</sup> ، وقول النبي : ما أحسن هذا (أي التحكيم) عندما قال له أبو شريح : أن قومي إذا اختلفوا في شيء فأتوني فحكمت بينهم فرضي عني الفريقان<sup>(٣)</sup>.

والتحكيم لا يعتبر نوعاً من القضاء ، لأنه قاصر على من رضى به فقط وهو خاص بالمسائل المدنية بينما القضاء يتعدى الى الغير دون رضاه ، كما أنه شامل للقضايا المدنية والجزائية على السواء<sup>(٤)</sup>.

## ٢٢ - (سابعاً) - القضاء والافتاء :

الافتاء والفتوى جواب عما يُشكل من المسائل ، ويقال استفتيت فلاناً فإفتائي بكذا . والواقع أن الإفتاء تبليغ للناس عن حكم الله ، ولذلك فإن المفتي يجب أن يتصف بالعلم بما يبلّغ ، وأن يكون معروفاً بالصدق ، عدلاً في قوله وفعله<sup>(٥)</sup>.

والقضاء والافتاء وإن كانا يعتبران اخباراً عن حكم الله الواجب الاتباع ، إلا أن قرار القضاء ملزم وتقوم الدولة بتنفيذه ، أما الفتوى فهي مجرد فتوى ولا تلزم المستفتي إلا ديانة ، كما أن الدولة لا تختص بتنفيذ هذه الفتوى على المستفتي ، ولذا سمي قرار القضاء حكماً ، والثانية مجرد فتوى ، هذا فضلاً عن أن الفتوى تكون كذلك في مسائل العبادات ، بعكس الحكم الذي يقتصر فقط على مسائل المعاملات<sup>(٦)</sup>.

هذا وقد خصصت في لبنان وظيفة للافتاء يتولاها أحد علماء الدين الاسلامي

(١) نصت المادة ١٧٩٠ من مجلة الأحكام العلية على أن : « التحكيم هو عبارة عن اتخاذ الخصمين آخر حالاً برصهما ، لعصل خصوصتهما ودعواهما ويقال لذلك حُكْمٌ وحُكْمٌ »

(٢) جاء في تفسير هذه الآية الآتي . وان خفتم نزاعاً بين الزوجين فارسلوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ليحكمها في أمرها ، فإن كانا يريدان الإصلاح وخلصت له بينهما وفق الله بينهما فامشوا مؤتلفين (المصحف الميسر - المرجع السابق ص ١٠٦١) .

(٣) هذا الحديث مذكور عند الدكتور محمد مذكور . المرجع السابق ص ١٣٢ .

(٤) الدكتور محمد مذكور . المرجع السابق ص ١٣٢ .

(٥) أول من قام بوظيفة الافتاء في الاسلام هو محمد بن عبد الله ، والذي حفظت عنهم الفتوى في صدر الاسلام نحو ١٣٠ بين رجل وامرأة ، وفيهم الكثيرون كعمر بن الخطاب ، وعلي بن أبي طالب ، وعائشة (الدكتور محمد مذكور . المرجع السابق ص ١٣٦) .

(٦) للدكتور محمد مذكور المرجع السابق ص ١٣٦ .



الحائز على شهادة دينية عالية ، أو الذين مارسوا وظيفة القضاء الشرعي مدة لا تقل عن  
خمسة عشرة سنة<sup>(١)</sup> .

---

(١) يراجع بهذا الخصوص : التشريع الحديث للطوائف الإسلامية وخاصة القرار ٥ تاريخ ٢ آذار ١٩٦٧ الصادر  
عن المجلس الشرعي الاسلامي الاعلى - المادة ٥ وما بعدها - المنشور في مجلة العدل لسنة ١٩٦٨ عدد ٢ ص  
٩٣ وما بعدها



## الفصل الثاني

### التنظيم القضائي في الاسلام

٢٣ - التنظيم القضائي في الاسلام هل هو مؤسسة اسلامية خالصة ؟  
يلذهب البعض<sup>(١)</sup> الى أن التنظيم القضائي في الاسلام لم يضع أسسه لا النبي عمداً ، ولا الخلفاء الأربعة ، ولا الأسر الأموية الحاكمة ، وانه كان حصيلة تطور طويل بطيء ، وان البحث عن أسسه يجب أن يتجه لا الى المحيط العربي أو إلى القرآن - كما يقول الفقه التقليدي الاسلامي - وإنما الى المجتمع العربي - الاسلامي الذي نشأ في البلاد التي فتحها المسلمون ، والمؤسسات القضائية الأجنبية التي وجدوها أثناء الفتح والتي أبقوا عليها .

وخلص الى القول بأن الهيكل العام للتنظيم القضائي الاسلامي ، في خطوطه الكبرى ، قد استوحى من النظام القضائي البيزنطي ، وان هذا التنظيم إن كان قد انتهى الى اكتسابه طابعاً واضحاً من الأصالة فذلك بسبب تفاعله وتأثره بالوسط الاسلامي الذي تكون بعد الفتح ، وبسبب احتفاظ سكان المناطق المفتوحة ببعض عاداتهم القديمة<sup>(٢)</sup> .

ويذهب الرأي الراجح في الفقه الاسلامي<sup>(٣)</sup> ، التقليدي والحديث ، الى أن القضاء في الاسلام مؤسسة اسلامية عربية خالصة لم يشبها شيء مما كان عند الأمم

(١) Milliot: op. cit. n° 858 P. 693; Tyan, op. cit. t. 1 p. 119

(٢) Milliot: op. cit. n° 859 p. 694; Tyan: op. cit. p. 138

(٣) الأستاذ طاهر القاسمي : المرجع السابق ص ٤٧ ، الدكتور محمد سلام مذكور : المرجع السابق ص ١٢٥ ؛  
الأستاذ زكي الدين شعبان : المرجع السابق ص ٧ وما بعدها ؛ الأستاذ علي منصور . المرجع السابق ص ٣١٧ وما بعدها .

الأخرى ، وان الشريعة الاسلامية هي التي وضعت ، مما جاء في القرآن والسنة ، قواعد هذه المؤسسة ونظامها . وان المسلمين إذا كانوا قد اقتبسوا بعض ما كان عند الأمم الأخرى ، أو نقلوا عنها ، أو قلدها ، في بعض الشؤون الادارية كالداوين ، فإنهم قد طبقوا نظام القضاء تطبيقاً اسلامياً خالصاً ، دون أي نقل أو اقتباس أو تقليد<sup>(١)</sup> . فالإسلام دين ودولة وله نظمته ومنها القضاء ، وقد رسم التشريع الاسلامي خطة القضاء وأرشد الى مبادئه قبل أن يأتي قول الله في القرآن : ﴿ اليوم أكملت لكم دينكم ﴾ ( سورة المائدة ، رقم ٣ ، الآية ٥ ) ، وترك التفصيل للسنة وعمل المجتهدين في الأمة الاسلامية ، شأنه شأن الكثير من الأمور المتعلقة بالمعاملات المدنية ونظام الدولة ، لأنها تتأثر بالبيئة وتتغير بتغير الزمان والمكان<sup>(٢)</sup> .

والواقع أنه لا يُعقل أن يكون الاسلام دين ودولة ولا يكون له قضاء يُشرف على تطبيق شريعته في معاملات الناس وتصرفاتهم القانونية احقاقاً للحق ، وتحقيقاً للاستقرار والطمأنينة ، ونشراً للعدل بين الناس .

#### ٢٤ - تقسيم :

سيقسّم هذا الفصل الى المباحث التالية :

- المبحث الأول : نظام القضاة ومساعدى القضاء في الاسلام .
- المبحث الثاني : أنواع المحاكم واختصاصها في الإسلام .
- المبحث الثالث : قواعد المحاكمة والإثبات والحكم في الاسلام .

### المبحث الأول

#### نظام القضاة ومساعدى القضاء في الاسلام

(أ) - نظام القضاة في الاسلام :

٢٥ - (أولاً) - مكانة القاضي في الاسلام :

ينظر الناس الى القضاء والقاضي ، في كل المجتمعات والأزمان ، بعين الاحترام والتقدير .

القاضي بعد النبي : وقد وضع البعض القاضي بعد النبي فقال انه : « لا يصلح هذه الأمور إلا نبي بإذن الله ، فإن لم يكن زمن نبي ، فالقاضي مسؤول عن ذلك كله .

(١) الأستاذ ظافر القاسبي : المرجع السابق ص ٤٧

(٢) الدكتور محمد سلام مذكور : المرجع السابق ص ٢٤ .

ومن كان في عون المسلمين ، كان الله في عونه . فعليه - أي القاضي - أن يصرح بالحق ، ويجري الى الصلاح والعدل والتخلص . وينظر لنفسه ، فعسى يتخلص . الله بعزته يسدده ، ويوفقه للخير ، ويعينه عليه ، انه منعم بذلك ، والقادر على كل شيء»<sup>(١)</sup> .

القضاء أرقى المناصب : قال البعض : « الحمد لله الذي قسم أرزاق الخلائق وآجالهم ، ورتب لكل منهم منزلة ورتبة ، وجعل أجل المناصب الدينية منصب القضاء والحسبة »<sup>(٢)</sup> . وقد قيل ان دلالة لفظ الدين ، عند العلماء والفقهاء ، تشمل لكل ما جاء به الاسلام من عقيدة وعبادة ونظام وتنظيم<sup>(٣)</sup> .

القضاء أرقى من الوزارة : إذا كان فريق من أئمة المذهب الشافعي قد اعتبر القضاء مساوياً للخلافة ، فمن الطبيعي أن يذهب آخرون الى أن القضاء فوق الوزارة . فقد جاء في كتاب « تاريخ قضاة الأندلس للنباهي المالقي »<sup>(٤)</sup> ، حين ذكره للقاضي أبي المطرف بن طعين ، أنه : « كان تقلد خطة المظالم . . . فكانت أحكامه شداداً ، وعزائمه نافذة ، وله على الظالمين سورة مرهوية ، وشارك الوزراء في الرأي ، إلى أن ارتقى الى ولاية القضاء بقرطبة ، مجموعاً الى خطة الوزارة والصلاة ، وقل ما اجتمع ذلك لقاض بالأندلس » .

ثم يضيف النباهي في كتابه انه : « وقد بلغني ان عبد الرحمن بن بشر ( قاضي آل حمود ) خاطب ابن هشام ( قاضي القيروان ) في أمر من أمور الحكومة ، وكان ابن بشر ممن احتمل الى خطة القضاء خطة الوزارة ، وأثنى عليها في العقد الذي أدرجه في كتابه الى ابن هشام ، مقدماً ذكر الوزارة على القضاء - وذلك كان رسمها عند ملوك بني مروان - فلما قرأ العقد - رمى بالكتاب وقال : ما عهدنا وزراء القوم تنفذ أحكامهم . وترك النظر في تلك الحكومة » .

وفي ترجمة النباهي للقاضي محمد بن المنصور التلمساني<sup>(٥)</sup> انه : « كان . . قوة في الحق ، وصرامة . وكان أثيراً لدى سلطانه ، قلده مع قضائه كتابة سره ، وأنزله من خواصه فوق وزرائه ، فصار يشاوره في تدبير ملكه . . » .

وقد قال النباهي المالقي نفسه عن القضاء في كتابه<sup>(٦)</sup> : « خطة القضاء في نفسها

(١) ابن عبلون في كتابه الحسبة مذكور عند الاستاذ طاهر القاسمي ص ٥٩ .

(٢) محمد القرشي - المعروف بابن الأخوا - في مقدمة كتابه : معالم العربية في أحكام الحسبة ص ٣ مذكور عند الاستاذ القاسمي : المرجع السابق ص ٦٠ .

(٣) الاستاذ طاهر القاسمي : المرجع السابق ص ٦٠ .

(٤) منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر ببيروت ، ص ٨٧ .

(٥) النباهي المالقي : تاريخ قصلة الأندلس ص ١٣٤ .

(٦) تاريخ الأندلس ص ٢ .

عند الكافة من أسنى الخطط ، فإن الله تعالى قد رفع درجة الحكام ، وجعل اليهم تصرف أمور الأنام ، يحكمون في النماء والابضاع والأموال ، والحلال والحرام . وتلك خطة الأنبياء ومن بعدهم من الخلفاء . فلا شرف في الدنيا بعد الخلافة أشرف من القضاء . . . »

القضاء موضع احترام الخلفاء : وقد أظهر الخلفاء الاحترام الكبير لمنصب القضاء ورجاله ، وحقوقه بكثير من الاجلال والاكبار في حياته وبعد مماته . فقد ذكر البعض<sup>(١)</sup> عن موقف الخليفة مع القاضي حين يلقي خطبته : « كما يُقبل الامام بوجهه في الخطبة تصد وجهه - أي وجه القاضي - ليعلم جميع الناس » . وذكر البعض أيضاً<sup>(٢)</sup> أن معاوية حضر جنازة قاضيه فضالة بن عبيد الأنصاري « فحمل بجانب السرير ، ثم صاح بآبائه يزيد اعفي وأعلم انك لن تحمل مثله بعده . وكان معاوية يستخلفه على الشام . . . » .

وذكر البعض<sup>(٣)</sup> كذلك أن باديس ، صاحب غرناطة ، « خرج عن ملك مائة إلى ولده الملقب بسيف الدولة بلقين ، ورشحه للملاية من بعده ، وحمله على مجاملة القاضي بها ، والمعاملة له بسني الطافة ، فعمل بحسب ذلك . ومن جملة ما كتبه بلقين : « هذا ما التزمه ، واعتقد العمل والوفاء به ، بلقين بن باديس ، للوزير القاضي أبي - د الله محمد بن الحسن - سلمه الله - واعتقد به اقراره على خطة القضاء والوزراء . فإن يُجرى من الترفيع به ، والإكرام له إلى أقصى غاية . . . وأقسم على ذلك بلقين . . بالله العظيم ، وبالقُرآن الحكيم . وأشهد الله على نفسه ، وعلى التزامه له . . . » .

## ٢٦ - (ثانياً) - شروط تقلد القضاء في الاسلام :

(١) صفات القاضي في نظر الامام علي بن أبي طالب :

إن أئمة نص مدرّج تضمن الصفات المطلوبة في القاضي هو الذي كتبه علي بن أبي طالب<sup>(٤)</sup> حوالي عام ٤٠ هـ / ٦٦٠ م إلى الأشتر النخعي ، حين ولّاه على مصر ، وقد جاء فيه بخصوص القضاء<sup>(٥)</sup> :

« اخترت للحكم بين الناس أفضل رعيك في نفسك ، ممن لا تضيق به الأمور ،

(١) الماوردي : أدب القاضي ج ١ رقم ٢٣٩ ص ١٩٤ .

(٢) وكيع : أحوال القضاة ج ٣ ص ٢٠١ .

(٣) النباهي المالقي : المرجع المذكور ص ٩١ و ٩٢ .

(٤) ذكر ذلك الاستاذ طاهر القاسمي : المرجع السابق ص ١٠٢ و ١٠٣ .

(٥) مذكور نص هذا الكتاب عند ابن أبي الحديد في نيج البلاغة ، المجلد الرابع ص ١٣٠ و ١٣١ ، دار إحياء التراث العربي بيروت .

ولا تَحْكُمُ الخصوم<sup>(١)</sup> ، ولا يتماذى في الزَّلة ، ولا يُحصَر<sup>(٢)</sup> من الشيء<sup>(٣)</sup> الى الحق إذا عَرَفَهُ ، ولا تُشَرَف نفسه على طمع<sup>(٤)</sup> ، ولا يكتفي بأدنى فهم دون أقصاه ، وأوقفهم في الشبهات ، وأخذهم بالحجج ، وأقلهم تبرماً بجراحه الخصم ، وأصبرهم على تكشف الأمور ، وأصرهم عند انضاح الحكم ، ممن لا يزهيه اطراء ، ولا يستميله إغراء وأولئك قليل .

ثم يُشير الى راتبه ومكانته فيقول<sup>(٥)</sup> :

« ثم أَكْثَرُ تَعَاهُد قضائه<sup>(٦)</sup> ، وافسخ له في البذل ما يُزيل عِلته ، وتقل معه حاجته الى الناس<sup>(٧)</sup> ، وأعطيه من المنزلة لديك ، ما لا يطعم فيه غيره من خاصتك . . . » .

(٢) حرص عمر بن عبد العزيز على إلمام القاضي بالاجتهاد والفقه :

ينسب البعض<sup>(٨)</sup> الى الخليفة عمر بن عبد العزيز قوله : « لا يصلح القاضي إلا ان تكون فيه خمس خصال : يكون صليبا ، نزها ، عفيا ، حليبا ، عليا بما كان قبله من القضاء والسنن » . وينسب اليه قولاً آخر جاء فيه<sup>(٩)</sup> . « إن القاضي يحتاج أن يكون فيه أربع خصال ، فإن أخطأته واحدة كانت وصفاً : أن يتون ورعاً ، وأن يكون عالماً ، وأن يكون فهماً ، وأن يكون سؤلاً عما لا يعلم » . وينسب اليه أخيراً قولاً ثالثاً جاء فيه<sup>(١٠)</sup> : « إن القاضي ينبغي أن يكون فيه خمس خصال ، فإن نقصت واحدة كانت وصمة : العلم بما قبله ، والحكم عند الخصم ، والنزاهة عند المطمع ، والاحتمال للامة ، ومشاورة ذوي العلم » .

والذي يستوقفنا هنا قول عمر بن عبد العزيز : « علياً بما كان قبله من القضاء والسنن » ، وقوله : « سؤلاً عما لا يعلم » ، وقوله : « مشاورة ذوي العلم » ، وهو الذي نسميه في عصرنا الحالي : « الاجتهاد أو السابقات القضائية » وه الفقه أو آراء الشراح كمصدرين من مصادر القانون اللذين يتعين على كل قاضي الإلمام بهما . وهذا الذي حرص على اشتراطه في القاضي الخليفة عمر بن عبد العزيز قبل ثلاثة عشر قرناً ،

(١) لا تَحْكُمُ الخصوم : أي لا تجعله لجوساً في الخصومة ( ابن أبي الحديد : ذات المرجع ص ١٣١ ) .

(٢) لا يُحصَر : لا يُمَيَّز ( ابن أبي الحديد : ذات المرجع ص ١٣١ ) .

(٣) الشيء : الرجوع ( ابن أبي الحديد : ذات المرجع ص ١٣١ ) .

(٤) لا تشرف نفسه وتعالى من فرائد المناهل ( ابن أبي الحديد : ذات المرجع ص ١٣١ ) .

(٥) ابن أبي الحديد : ذات المرجع ص ١٣١ .

(٦) أي تطلع على أحكامه وأقضيته ( ابن أبي الحديد : ذات المرجع والمكان ) .

(٧) وافترض له عطاء واسماً يملأ عينه ويتطعم به عن الرشوة ( ذات المرجع والمكان )

(٨) وكيع : أخبار القضاة ج ١ ص ٧٧ .

(٩) وكيع : أخبار القضاة ج ١ ص ٧٨ .

(١٠) وكيع : أخبار القضاة ج ١ ص ٧٩ .

ومن قبله أبي بكر يوم كان يسأل : هل من أحد عنده علم بقضاء ؟ دليل على أن القضاء الاسلامي سبق التنظيم القضائي الحديث في مصادر القانون التي يتعين على القاضي الاالام بها والرجوع اليها عندما تعرض عليه قضية لا يجد لها حلاً في النص .

(٣) صفات القاضي في نظر الفقه الاسلامي عموماً :

إن ما يشترطه الفقه الاسلامي في القاضي يمكن إجمالها بالآتي :

الشرط الأول - أن يكون رجلاً بالغاً ، فلا يصح تعيين الصبي في القضاء<sup>(١)</sup> ، كما لا يصح تعيين المرأة فيه عند الأئمة الثلاثة : مالك والشافعي وأحمد ، وخالف في ذلك أبو حنيفة وقال انه يصح قضاؤها فيما تصح فيه شهادتها ، وشهادتها عنده تصح في كل شيء إلا في القضايا الجزائية . وأما ابن جرير الطبري فقد أجاز للمرأة القضاء في كل شيء يجوز للرجل أن يقضي فيه دون استثناء شيء<sup>(٢)</sup> ، وقاس ذلك على جواز افتائها ، إذ تجوز منها الفتوى في كل المسائل الفقهية<sup>(٣)</sup> .

ويدور رأي ابن جرير<sup>(٤)</sup> هو ما يتعين ترجيحه للأسباب التالية :

- ان القرآن ساوى المرأة بالرجل في آيات كثيرة منها قول الله : ﴿ ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف ﴾<sup>(٥)</sup> ( سورة البقرة رقم ٢ ، الآية ٢٢٨ ) ، وقوله : ﴿ المؤمنون والمؤمنات ، بعضهم أولياء بعض ، يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ﴾<sup>(٦)</sup> ( سورة التوبة رقم ٩ ، الآية ٧١ ) .

- ان الصحابية « سمراء بنت نهيك الأسدية » تولت الخسبة - وهي فرع من فروع القضاء - في مكة أيام النبي ، وقد كان لها سوط تعنف به الغشاشين .

- ان عمر بن الخطاب وأبى الشفاء بنت أبي سليمان سوق المدينة لتأديب الغشاشين ومراقبتهم .

- إن الحرمان من حق من الحقوق يحتاج إلى نص من الشارع الأمر الذي لم يحصل<sup>(٧)</sup> .

(١) ذكر ان النبي عيّن عتاب بن أسيد في قضاء مكة وله ٢١ سنة ( الأستاذ طاهر القاسمي : المرجع السابق ص ١٥٧ ) .

(٢) رأي ابن جرير هذا مذكور عند الماوردي : المرجع السابق ص ٧٧ .

(٣) الدكتور محمد سلام مذكور : المرجع السابق ص ٣٨ .

(٤) يعتبر ابن جرير الطبري من أئمة المفسرين وشيوخ المؤرخين ( الأستاذ طاهر القاسمي : المرجع السابق ص ٢٥٣ ) .

(٥) حاش في تفسير هذه الآية : وللنساء على الرجال حقوق يجب أن تحترم ، كما عليهن حقوق للرجال كذلك ( المصنف للقسر : المرجع السابق ص ٤٥ ) .

(٦) أولياء - جمع ولي ، والولي هو الناصر والصدوق . والمعروف ما استحسنته الشرع وطلبه ( المصنف للقسر : المرجع السابق ص ٢٥٣ ) .

(٧) صاحب هذه الأسباب الأستاذ طاهر القاسمي ص ٢٤٩ و ٢٥٠ و ٢٥٣ .



- ان مجلة الأحكام العدلية ، والتي تعتبر التقنين المدني للدولة العثمانية على مذهب الامام أبي حنيفة والتي شارك في وضعها نخبة من كبار العلماء المسلمين ، ذهبت الى هذا الرأي ولم تتطلب في القاضي كونه رجلاً<sup>(١)</sup> .

الشرط الثاني - العقل ، إذ ينبغي أن يكون القاضي صحيح التمييز ، جيد الفطنة ، يتوصل بذكائه الى ايضاح ما أشكل .

الشرط الثالث - أن يكون مسلماً ، لأن الاسلام شرط في جواز الشهادة على المسلم . وقد أجاز الحنفية تعيين غير المسلم في القضاء على غير المسلمين ، لأن أهلية القضاء بأهلية الشهادة وغير المسلم أهل للشهادة على أبناء طائفته .

كما أجاز الحنابلة وشريح والنخعي والأوزاعي ، وابن مسعود ، وأبو موسى ، والظاهرية ، والامامية ، قبول شهادة غير المسلم في وصية المسلم حال السفر<sup>(٢)</sup> . ونقل عن شيخ الاسلام ابن تيمية ان قول الامام أحمد في قبول شهادة غير المسلم في هذا الموضع هو ضرورة يقتضي هذا التعليل قبولها في كل ضرورة حَضراً وسُفْراً ، ولو قبل تقبل شهادتهم مع اليمين في كل شيء حُدِمَ فيه المسلمون لكان له وجه ويكون بدلاً مطلقاً ، وهذا يفيد أن جواز الاشهاد المذكور بشأن الوصية لا يختص بها لدلالة النص على ما يساوي الوصية من المسائل<sup>(٣)</sup> .

كما أن أتبي الاشهاد على البيع والاشهاد على دفع الأموال الى يتامى جاءتا مطلقتين عن أي قيد يفيد اشتراط الاسلام في الشهود على المسلمين ، يقول الله : ﴿ وأشهدوا اذا تبايعتم ﴾ (سورة البقرة رقم ٢ ، الآية ٢٨٢) ويقول : ﴿ فإذا دفعتم اليهم أموالهم فاشهدوا عليهم ﴾ (سورة النساء رقم ٤ ، الآية رقم ٦) .

وإذا قيل انه اشترط في آية أخرى أن تكون الشهادة من ذوي - دل من المسلمين كقوله : ﴿ ... فإذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ، وأشهدوا ذوي عدل منكم ﴾ (سورة الطلاق رقم ٢ ، الآية ٦٥) فإنه يُرد بأن هذه الآية جاءت في موضوع الطلاق .

وبذلك يمكن القول أن شهادة غير المسلم على المسلم محجور في المسائل المدنية ونحوها دون مسائل الطلاق وما يتعلق بها ، وما دام أن القضاء أساسه الشهادة - كما يقول الأحناف - فإنه يمكن بشيء من التعليل القول بجواز قضاء غير المسلم ولو على المسلم فيما يجوز عليه شهادته<sup>(٤)</sup> . ويمكن بالتالي فهم السياسة الشرعية التي تتبعها بعض

(١) يراجع شرح المحلة للاستاذ سليم باز ص ١١٦٤ ، المطبعة الثالثة ١٩٢٣ ، المطبعة الادبية بيروت .

(٢) ذكر ذلك الدكتور محمد سلام مذکور : المرجع السابق ص ٣٩

(٣) ابن تيمية . الاختيارات ص ٢١٢ مذکور عند الدكتور محمد سلام مذکور ص ٣٩ .

(٤) الدكتور محمد سلام مذکور : المرجع السابق ص ٤٠ و ١٢٥ .

الدول العربية والاسلامية من حيث جواز تعيين مطلق مواطن في منصب القضاء ، بصرف النظر عن ديانته ، وشمول ولايته القضائية جميع المواطنين من مسلمين وغيرهم . ويبدو أن هذا الرأي هو ما انتهت اليه اللجنة العلمية الاسلامية التي وضعت مجلة الأحكام العدلية ، فلم تشترط في المادة ١٧٩٤ الخاصة بصفات القاضي كونه مسلماً ، كما أن المادة ١٧٠٥ الخاصة بالشهادة فسرت العدالة المشترطة في الشهود بأن تكون الحسنات أكثر من السيئات دون أن تشترط الاسلام لصحتها .

هذا كله بالنسبة الى قضاء غير المسلم على المسلم ، أي مدى جواز الحكم عليه بالفعل ، أما من ناحية صلاحية غير المسلم لتولي القضاء ، فإن المفتي به أنه أهل للتولية ، ولذا فإن عَيَّن ولي الأمر غير المسلم في القضاء ، ثم أسلم وقضى بين المسلمين صح قضاؤه دون حاجة الى تولية جديدة<sup>(١)</sup> .

الشرط الرابع - العدالة بأن يكون صادق اللهجة ، ظاهر الأمانة ، عفيفاً عن المحارم ، مأموناً في الرضا والغضب .

الشرط الخامس - أن يكون عالماً بالأحكام الشرعية . والعلم بالأحكام الشرعية يتطلب العلم بأصول الشريعة ومعرفة فروعها . وأصول الشريعة أربعة : ١ - المعرفة من كتاب الله بما تضمنه من الأحكام ناسخاً ومنسوخاً ، ومحكماً ومتشابهاً ، وعموماً وخصوصاً ، ومجماً ومفسراً . ٢ - العلم بسنة الرسول الثابتة من أفعاله وأقواله وطرق مجيئها . ٣ - العلم بأقاويل السلف فيما أجمعوا عليه ، واختلفوا فيه ، ليتبع الأجماع ، ويجتهد رأيه مع الاختلاف . ٤ - العلم بالقياس الموجب لرد الفروع المسكوت عنها ، الى الأصول المنطوق بها ، والمجمع عليها<sup>(٢)</sup> .

الشرط السادس - السلامة في السمع والبصر والنطق ، لأن الأخرس لا يمكنه النطق بالحكم ولا يفهم جميع الناس اشارته ، والأصم لا يسمع قول الخصمين ، والأعمى لا يتكشف الخصوم . وأما سلامة الأعضاء فغير معتبرة فيه ، فيجوز أن يقضي القاضي وإن كان مقعداً ، وإن كانت السلامة من العاهات أهيب له<sup>(٣)</sup> .

(٤) صفات القاضي في أدب القاضي للماوردي :  
لقد ألف الماوردي كتاباً في جزئين سماه أدب القاضي<sup>(٤)</sup> ، وقد خصص فيه قسماً طويلاً عن « شروط جواز ولاية القاضي »<sup>(٥)</sup> . وقد جاء فيه أن : « الذي يعتبر في جواز ولايته - أي القاضي - ونفاذ حكمه سبعة شروط : أحدها - أن يكون كاملاً في نفسه .

(١) الدكتور محمد سلام مذكور : المرجع السابق ص ٤١ .

(٢) الأستاذ طاهر القاسمي : المرجع السابق ص ١٠٩ .

(٣) الأستاذ طاهر القاسمي : المرجع السابق ص ١٠٨ .

(٤) حقق هذا الكتاب : الأستاذ محي هلال السرحان ، ونشر في : بغداد سنة ١٩٧١ مطبعة الارشاد .

وكمال نفسه ضربان : أحدهما - كمال حكمه . والثاني - كمال خلقه . فأما كمال الحكم : فهو بالبلوغ والعقل لأن باجتماعهما يتعلق التكليف ويثبت للقول حكم . . . وأما كمال الخلقة فتعتبر سلامته فيها في ثلاثة أوصاف : أحدها - صحة بصره فلا يكون أعمى . والثاني - صحة سمعه ، فلا يكون أصم . والثالث - سلامة لسانه ، فلا يكون أخرس . . . فأما صحة أعضائه فغير معتبرة في ولايته ، فيجوز تقليده وإن كان مقعداً أو ذا زمانة ، وإن كانت السلامة من الأفات أهميب لذوي الولايات . فصارت الأوصاف المعتبرة في كمال نفسه خمسة : البلوغ والعقل والبصر والسمع والنطق فهذا حكم الشرط الأول . والشرط الثاني - الذكورة فيكون رجلاً . فأما المرأة فلا يجوز تقليدها . . . والدليل (١) . . . قوله تعالى : ﴿ الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض ﴾ ، يعني : في العقل والرأي ، فلم يميز أن يقمن على الرجال . وقول النبي ﷺ : « ما أفلحو قوم أسندوا أمرهم إلى امرأة » . وقوله ﷺ : « أخروهن من حيث أخرهن الله » . ولأنه لما منعها نقص الأنوثة من إمامة الصلوات مع جواز إمامة الفاسق ، كان المنع من القضاء الذي يصح من الفاسق أولى . ولأن نقص الأنوثة يمنع من انعقاد الولايات كإمامة الأمة . ولأن من لم ينفذ حكمه في الحدود لم ينفذ حكمه في غير الحدود كالأعمى . وأما جواز فتياها وشهادتها فلأنه لا ولاية فيها فلم تمنع منها الأنوثة وإن منعت من الولايات وكذلك تقليد الختنى لا يصح ، لجواز أن يكون امرأة فإن زال إشكاله وبان رجلاً صح تقليده . فإن رد إلى المرأة تقليد قاض لم يصح ، لأنه لما لم يصح أن تكون والية لم يميز أن تكون مولية . وإن رد إليها اختيار قاض جاز ، لأن الاختيار اجتهد ، لا تمتنع منه الأنوثة كالفتيا . والشرط الثالث - الحرية . . . وجوز بعضهم قضاء العبد ، لجواز فتياه . . . لقول عمر بن الخطاب : « لو كان سالم مولى أبي حذيفة حياً لما يخالجنى في تقليده شك » . . . والشرط الرابع - الإسلام فلا يجوز أن يكون الكافر قاضياً على المسلمين ، ولا على أهل دينه . وجوز أبو حنيفة تقليده على أهل دينه ، وأنفذ أحكامه وقبل قوله في الحكم بينهم ، كما جوز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض ، اعتباراً بالعرف الجاري في تقليدهم واحتجاجاً بقوله تعالى : ﴿ لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض ﴾ ولأنه لما جازت ولايتهم في المناكح جازت في الأحكام . . . والشرط الخامس - العدالة . فمعتبرة في القضاء وجميع الولايات . والعدالة ، أن يكون صادق اللهجة ظاهر الأمانة عفيفاً عن المحارم متوقياً للمأثم بعيداً من الريب مأموناً في الرضا والغضب مستعملاً لمروءة مثله في دينه . . . والشرط السادس - أن يكون عالماً بالأحكام الشرعية . وعلمه بها يشتمل على أمرين : أحدهما - علمه بأصولها التي يستنبط بها أحكامها . والثاني - معرفته بفروعها فيما انعقد عليه الاجماع

(١) أدب القاضي ج ١ من رقم ١٥٠٣ ص ٦١٨ حتى رقم ١٦٢٨ ص ٦٤٣ .

أو حصل فيه اختلاف ليتبع الاجماع ، ويمتهد في الاختلاف ، ليصير بذلك من أهل الاجتهاد في الدين ، فيجوز أن يفتي ويقضي ... فإن كان عامياً من غير أهل الاجتهاد لم يجوز أن يفتي ولا يقضي ، وكانت ولايته باطلة وحكمه وان وافق الحق مردوداً ... والشرط السابع - أن يكون عاملاً ... بأصول الشرع الأربعة ... فإذا ثبت ما ذكرنا من هذه الشروط السبعة صح تقليد من وجدت فيه وإن كان من هو أعلم منه موجوداً ، لأن تقليد المفصول مع وجود الفاضل جائز في القضاء <sup>(١)</sup> .

#### (٥) صفات القاضي في الأندلس :

لقد ألف النباهي المالقي الأندلسي ، وهو من علماء القرن الثامن الهجري ( ٧١٣ - ٧٩٣ ) ، كتاباً سماه : « كتاب الرقبة العليا فيمن يستحق القضاء والفتيا » وسماه ناشره « تاريخ قضاة الأندلس » وقد عقد فصلاً سماه : في الخصال المعتمدة في القضاة <sup>(٢)</sup> وقد جاء فيه : « من التنبهات وشروط القضاء ، التي لا يتم للقاضي قضاؤه إلا بها ، عشرة : الاسلام ، والعقل ، والذكورية ، والحرية ، والبلوغ ، والعدالة ، والعلم ، وسلامة حاسة السمع والبصر من العمى والصمم ، وسلامة حاسة اللسان من البكم ، وكونه واحداً لا أكثر ، فلا يصح تقديم اثنين على أن يقضيا معاً في قضية واحدة ، لاختلاف الأغراض ، وتعدر الاتفاق ، ويطلان الأحكام بذلك ...

« وشروط الكمال عشرة أيضاً : خمسة أوصاف يتنفي عنها ، وخمسة لا يتنفي منها : أن يكون غير محدود ( غير محكوم ) ، وغير مطعون عليه في نسبه بولادة اللعان والزنا ، وغير فقير ، وغير أمي ، وغير مستضعف ، وأن يكون فطناً ، نزيهاً ، مهيباً ، حليماً ، مستشيراً لأهل العلم والرأي <sup>(٣)</sup> .

ونسب النباهي الأندلسي الى البعض <sup>(٤)</sup> قوله : « لا يُستقضى إلا من يوثق به في عفافه ، وصلاحه ، وفهمه ، وعلمه بالسنة ، والآثار ، ووجه الفقه . ولا يصلح أن يكون صاحب حديث لا فقه له ، ولا فقيهاً لا حديث عنده .. ولا ينبغي أن يؤلى إلا أن يكون له علم بالقضاء » .

ونقل النباهي عن أئمة المتكلمين أنهم قالوا <sup>(٥)</sup> : « ينبغي للقاضي أن يحفظ فضائل أهل العدل ومآثرهم ، وينافسهم على ذلك ، وأن يأخذ نفسه بسيرهم ، وحفظ أحكامهم ورسائلهم ومواعظهم ، مع علمه بالفقه والحديث ، فإن ذلك قوة له على ما قلده الله » .

(١) الماردي : أدب القاضي ج ١ رقم ١٦٢٩ ص ٦٤٣ .

(٢) ص ٤ و ٥ .

(٣) النباهي الأندلسي : تاريخ قضاة الأندلس ص ٤ و ٥ .

(٤) ذكر ذلك الاسناذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ١١١ .

(٥) تاريخ قضاة الأندلس ص ١٧٧ .

وقال الناهي أيضاً<sup>(١)</sup> أنه : « نُقل عن مالك بن أنس أنه كان يقول في الخصال التي لا يصلح القضاء إلا بها ، لا أراها تجتمع اليوم في أحد . فإذا اجتمع منها في الرجل خصلتان : العلم والورع ، قُدِّم . قال عبد الملك بن حبيب في كتابه : وإن لم يكن علم ، ففعل وورع . فبالعقل يسأل ، وبه تحصل خصال الخير كلها . وبالورع يُعَفَّ ، وإن طلب العلم وجده ، وإن طلب العقل - إذا لم يكن عنده - لم يجده . وقد قيل كثير العقل مع قليل العلم ، أنفع من كثير العلم مع قليل العقل . . . » .

(٦) صفات القاضي في مجلة الأحكام العدلية العثمانية :

كانت مجلة الأحكام العدلية محاولة موفقة لوضع تفنين مدني ، أيام الدولة العثمانية ، على مذهب الإمام أبي حنيفة . وقد شارك في وضعها نخبة من العلماء العرب والأتراك الذين يتقنون اللغتين التركية والعربية . وقد تضمن الكتاب السادس عشر من المجلة موضوع القضاء ( المادة ١٧٨٤ وما بعدها ) وخصص الباب الأول منه للقضاة ، وجعل الفصل الأول منه في بيان أوصاف القضاة ( المادة ١٧٩٢ حتى ١٧٩٤ ) .

وقد جاء في المادة ١٧٩٢ أنه : « ينبغي أن يكون القاضي حكيماً فهيئاً مستقيماً وأميناً مكيناً متيناً » .

وقد شرح الأستاذ علي حيدر<sup>(٢)</sup> هذه الصفات على النحو الآتي :

« حكيماً : بمعنى الشخص المتصف بالحكمة ، والحكمة تأتي بمعان عديدة كالعدل والتقوى والفقه ويمجوز هنا إرادة المعاني الثلاث فيجب أن يكون القاضي حكيماً أي عادلاً لأن رب العالمين قد أمر في كتابه العزيز بقوله : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ ، إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُسْلِمِينَ ﴾ . فلذلك يجب أن لا يوجه القضاء لغير العادل كما أنه يحرم على من يعلم أنه لا يمكنه مراعاة العدل في أحكامه قبول القضاء .

« والعدل هو عدم الجور والانصاف في الحكم ، وبمعنى آخر ان العدل بالنسبة للقاضي هو الحكم بالحق . . . » .

« ويجب أن يكون القاضي حكيماً أي متقياً وصالحاً غير فاسق لأنه لا يؤمن الفاسق على القضاء . . . يجب أن يكون القاضي حكيماً أي عافلاً لأن العقل قوة للنفس ، والنفس بتلك القوة تكون مستعدة للعلوم والادراكات . . . ويجب أن يكون القاضي فهيئاً أي عالماً بوجوه الفقه . . . لأن الحوادث محدودة والنصوص محدودة فلا يجد القاضي نصاً لتطبيقها في كل حادثة فيحتاج لاستنباط المعنى من النصوص ولا يتيسر ذلك إلا للعالم الاجتهادي . فلذلك يجب على الجاهل ألا يقبل القضاء . . . » .

(١) تاريخ قضاة الأندلس ص ٢ .

(٢) الأستاذ علي حيدر . درر الحكماء شرح مجلة الأحكام ، تمرير المحامي فهمي الحسيني ، منشورات مكتبة النهضة بيروت - ج ٤ ص ٢٥٥ حتى ٢٣١ .

« وكما أنه يكون القاضي عالماً بالفقه ... يجب أيضاً أن يكون صاحب قريحة يدرك بها عادات الناس لأن كثيراً من الأحكام مبنية على العرف والعادة »<sup>(١)</sup>.

« فهياً : فيجب أن يكون القاضي فهياً أي فطناً وأن يستجمع أثناء المحاكمة فهمه وذهنه ، لأن فصل الخصومة يتوقف على تفهم كلام الطرفين .. فعليه إذا لم يستجمع القاضي فهمه ويبلغ في استماع كلام الطرفين ويقف على معنى أقوالها تضييع إقاداتها ولا يحصل فائدة منها ... وإن قول المجلة في المادة ١٨١٢ ينهي للقاضي ألا يتصدى للحكم إذا تشوش ذهنه بعارضة مانعة لصحة التفكير هي مبنية على ذلك .

مستقيماً : مأخوذ من الاستقامة وهي بمعنى الاعتدال . فينبغي أن يكون القاضي مستقيماً وبمعنى آخر أن لا يكون عتلاً معانداً يأخذ الهدايا والرشوة وأن لا يكون من الناس المختلي الشرف أي بأن كان محدوداً بحد القلب فلا يجوز قضاؤه أصلاً<sup>(٢)</sup> ... وكذلك ينبغي أن يكون القاضي شديداً من غير عنف وليناً في غير ضعف وعبوساً بلا غضب ومتواضعاً من غير وهم ... ولا يجوز أن يكون القاضي سيء الخلق ، جاف الطبع ، قاسي القلب ، فظاً شديداً في كلامه ... » .

« أميناً : يطلق على الرجل الموثوق به والمعتمد عليه المأمون من نقيصة الضرر والخيانة وعبارة الأمين الواردة في سورة يوسف قد فسرت بمعنى المؤمن على كل شيء » .

« مكيناً : بوزن فاعل يطلق على صاحب المنزلة والمكانة ... ولذلك ينبغي أن يكون القاضي مكيناً أي ذا مكانة وشرف ولا يكون أرعن أو من أسافل الناس أدانيها » .

« متيناً : ... أن يكون صلباً وعكماً ... من غير عنف ... وأن يكون ضحوك الوجه ، حلو الكلام ... وأن يعامل من يحضر أمامه بالحسنى ... » .

« ولما كان القضاء ذا أهمية عظيمة فيجب على أولياء الأمر الذين لهم سلطة نصب القاضي أن يتضحوا الأهل للقضاء وينصبوه ، وقد ورد عن النبي ... « من قلد إنساناً عملاً وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين » ..

« وينبغي أن يكون القاضي عالماً دينياً ، والذي ينتخب قاضياً غير حائز لهذه الشروط والأوصاف يكون قد ارتكب باطلين : أولهما - توجيه القضاء الى غير مستحقه ، والثاني - منعه مستحقه »<sup>(٣)</sup> .

ثم أضافت المادة ١٧٩٣ انه « ينبغي أن يكون القاضي واقفاً على المسائل الفقهية

(١) الأستاذ علي حيدر : ذلت المرجع ص ٢٥ و ٢٦ .

(٢) الأستاذ علي حيدر : المرجع السابق ص ٢٧ .

(٣) الأستاذ علي حيدر : للمرجع السابق ص ٢٨ .

وعلى أصول المحاكمات ومقتدراً على فصل وحسم الدعاوى الواقعة تطبيقاً لها .

وقد شرح الأستاذ علي حيدر هذه الأمور على النحو الآتي :<sup>(١)</sup>

« فقهية : أي النسوبة لفقهه ، والفقه عند عامة العلماء هو اسم للعلم الخاص بالدين وليس اسماً لكل علم . والفقه هنا بمعنى الوارد في المادة الأولى من المجلة ، ( تقول هذه المادة : الفقه علم بالمسائل الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية ) ، وللفقه معنى آخر بمعنى العلم بكتاب الله وسنة رسوله وبمقتضياتها وإشارتها وإجماع الأمة . والفقه بهذا المعنى مخصوص بالمجتهدين . . . وإنه في سنة ١٣٣١ هـ قد منع توجيه القضاء لغير المأذونين من مدرسة القضاء ، ولذلك ليس من اللائق تقليد القضاء للجاهل للعدل والعالم غير العدل وليس لها أن يتقلدها .

« إن العامي المحض غير أهل للقضاء إذ ينبغي للقاضي أن يتصف بالعلم والفهم والأهلية للقضاء ، وأقل علم ينبغي للقاضي أن يتصف به هو أن يكون قادراً على استماع الحوادث والمسائل الدقيقة بصورة جيدة ، وأن يكون حائزاً للنباهة على طرق تحصيل الأحكام الشرعية من كتب المذهب ومن صدور المشايخ ، وأن يكون قادراً على تطبيق الأحكام المذكورة على الدعاوى والوقائع ، فلذلك لا يجوز تقليد القضاء الذي هو أشرف الوظائف إلى الأشخاص الغير واقفين على صغار أمور المعيشة .

« ينبغي : ويستفاد من تعبير ينبغي أنه لا يشترط أن يكون القاضي عالماً ، إذ عند الأئمة الخفية يجوز أن يكون القاضي غير عالم . وفي هذه الصورة يحكم بفتوى غيره ، إذ أن الجاهل التقي أولى بالقضاء من العالم الفاسق .

أما عند الإمام الشافعي ، إذا وجه القضاء إلى غير عالم فلا ينفذ قضاؤه وحكمه »<sup>(٢)</sup> .

وتضمنت المادة ١٧٩٤ أنه « يلزم أن يكون القاضي مقتدراً على التمييز التام . بناء عليه ، لا يجوز قضاء الصغير والمعتوه والأعمى والأصم الذي لا يسمع صوت الطرفين القوي » .

٢٧ - (ثالثاً) - قواعد التعيين في القضاء :

(١) مرجع التعيين :

الأصل أن الخليفة هو قاضي الأمة ، وهو صاحب الحق الأساسي في فصل الخصومات بين الناس ، كما كان النبي ، حال حياته ، قاضي المسلمين الأول .

وحيث أن النبي قد أجاز أن ينوب عنه قضاة ، لذلك كان من الجائز أن ينوب

(١) الأستاذ علي حيدر : المرجع السابق ص ٥٢٩ .

(٢) الأستاذ علي حيدر : المرجع السابق ص ٥٢٩ .

الخليفة من يقضي عنه أو يفوض ولاية الأقاليم أمر اختيارهم وتعيينهم .  
 حينما أحدث منصب الوزارة ، وتخل الخليفة عن اختصاصاته للوزير ، أصبح  
 حق تعيين القضاة عائداً للوزير ، وأصبح الوزير مرجعاً للتعيين .  
 كذلك حينما قامت السلطنات الى جانب الخلافة ، كان السلطان مرجعاً للتعيين .  
 ويوم أحدث في الخلافة العباسية ، أيام الرشيد ، منصب « قاضي القضاة » انتقل  
 حق تعيين القضاة وعزلهم وتأديبهم اليه .  
 وربما كان قائد الجند مخولاً حق تعيين القضاة حين الفتح<sup>(١)</sup> .

(٢) التحقيق والاختبار شرط للتعيين :  
 لقد ذكر البعض<sup>(٢)</sup> ان النبي ، عندما قلد الإمام علياً قضاء اليمن ، لم يختبره  
 لعلمه به ، ولكنه نهى على أدب القضاء .  
 وقد أوجب العلماء التحقيق عن المرشح لمنصب القضاء قبل تعيينه ، وربما أضافوا  
 الى التحقيق « الاختبار » في بعض الأحوال .

فقد جاء عند البعض<sup>(٣)</sup> : « انه يشترط في المُوَلَّى (أي مرجع التعيين) أن يكون  
 عارفاً بتكامل شروط القضاء في المُوَلَّى (أي المرشح للقضاء) ، ليقع العقد (أي مرسوم  
 التعيين) صحيحاً بعد معرفته به . فإن عرف تكاملها فيه جاز أن يقتصر على علمه به ،  
 وإن لم يعرف تكاملها فيه سأل عنه . فإن استفاض الخبر بمعرفته كانت الاستفاضة أوكد  
 من الشهادة ، فلم يجتمع معها الى الاختبار .

» وإن لم يستفرض به الخبر ، جاز أن يقتصر فيه على شهادة عدلين بتكامل شروط  
 القضاء فيه ، ويختبره المُوَلَّى ليتحقق باختياره صحة معرفته .

وإن لم يشهد بتكامل صفاته شاهدان لزم اختباره قبل تقليده في كل شرط يعتبر في  
 صحة تقليده ، من أصول وفروع . فإذا عَرَفَ صحتها من أجوبته قلده حيثنل . فإن  
 النبي اختبر مُعَاذاً حين قلده قضاء اليمن ، ولم يختبر علياً عند تقليده لانه أخبر منه  
 بِمُعَاذٍ .

وقد ذكر البعض<sup>(٤)</sup> انه : « إذا عَرَفَ ( المرشح للقضاء ) ذلك ( أي القرآن والسنة  
 وأقوال السلف والقياس ) صار من أهل الاجتهاد وجاز له أن يفتي ويقضي . ومن لم  
 يعرف ذلك لم يكن من أهل الاجتهاد ، لم يجوز له أن يفتي ولا يقضي . والعلم بأنه من

(١) الأستاذ ظاهر القاسمي . المرجع السابق ص ١٢٣ .

(٢) الدكتور صبحي الصالح : المرجع السابق ص ٣١٩ .

(٣) للوردني . لحب القاضي جـ ٩ رقم ١٦٢ حتى ١٦٦ ص ١٧٥ و ١٧٦ .

(٤) أبو يعلى الفراء . الأحكام السلطانية ص ٤٦ مذكور عند الأستاذ القاسمي ص ١٣٤ .



أهل الاجتهاد يحصل بمعرفة متقدمة ، وباختياره ومسألته .

وجاء في شرح أحكام المادة ١٧٩٢ من مجلة الأحكام العدلية<sup>(١)</sup> انه لما كان القضاء ذا أهمية عظمى فيجب على أولياء الأمر الذين لهم سلطة نصب القاضي أن يتفحصوا الأهل للقضاء وينصبوه ، وقد ورد عن النبي قوله : « من قلد إنساناً عملاً وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجاعة المسلمين » .

وجاء في شرح المادة ١٧٩٣ من مجلة الأحكام العدلية<sup>(٢)</sup> إنه إبتداء من سنة ١٣٣١ هـ منع توجيه القضاء لغير المأذونين من مدرسة القضاء لأنه ليس من اللائق تقليد القضاء للجاهل العدل والعالم غير العدل .

(٣) سن التعيين في القضاء والإحالة على التقاعد :

إشترط الفقهاء في القاضي أن يكون بالغاً . والبلوغ قد يكون في الثانية عشرة ، وربما قبلها ، في البلاد الحارة ، ولا يتأخر عن الخامسة عشرة ، بحسب رأي الأطباء وأهل الخبرة . وحيث أن هنالك شروطاً أخرى مطلوبة في القاضي كالعلم بالفقه والاجتهاد وغيرها من مصادر الحكم ، فإن سن الخامسة عشرة أو ما دونها لا يمكن أن تكون سناً معقولة أو ممكنة لتولي القضاء<sup>(٤)</sup> .

وقد ذكر عند البعض<sup>(٥)</sup> أن النبي وكسى عتاب بن أسيد مكة بعد فتحها وله إحدى وعشرون سنة ، وقيل ثلاث وعشرون سنة . وإن القاضي جلال الدين أحمد ولي القضاء وعمره سبع عشرة سنة . وإن عز الدين السيفلاني ولي القضاء وسنه نحو عشرين .

كذلك لم يبحث الفقهاء السن العليا التي يجب على القاضي أن يتوقف فيها عن القضاء . والظاهر أنه ما دام القاضي متمتعاً بقواه العقلية ، وقادراً جسدياً وصحياً على القيام بوظيفته ، ولم يكن هنالك سبب يدعو الى عزله ، أبقى في مكانه . فقد ذكر أن القاضي شريح أقام على القضاء في الكوفة ستين سنة ، وقضى بالبصرة سنة . فلو افترضنا أنه كان ابن عشرين يوم تولى القضاء ، فمعنى ذلك أنه بقي يقضي بين الناس بعد أن جاوز الثمانين<sup>(٦)</sup> .

(٤) مرسوم التعيين في القضاء :

أورد البعض<sup>(٧)</sup> نص مرسوم بتعيين قاضي القضاة جاء فيه : « ان الخليفة المطيع

(١) الأستاذ علي حيدر : المرجع السابق ص ٥٢٨ .

(٢) الأستاذ علي حيدر : المرجع السابق ص ٥٢٩ .

(٣) الأستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ١٥٦ .

(٤) الأستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ١٥٧ .

(٥) الأستاذ ظافر القاسمي <sup>١١</sup> جم السابق ص ١٥٨ .

(٦) الأستاذ علي منصور : المرجع السابق ص ٣٢٥ وقد نقله عن المؤرخ السيوطي عد كلامه على حوادث سنة

٣٦٣ هـ / ٩٧٣ م

قُلَّد القضاة أبا الحسن محمد بن شيان الهاشمي بعد تمنع وشرط هذا القاضي شروطاً لنفسه . منها ألا يرتزق على القضاء ولا يُخلع عليه من الخليفة ، ولا يُشفع لديه فيما يخالف الشرع ، وأن يقدر هو رواتب أعوانه من كتبة وحجاب وغيرهم ، فقبل الخليفة وأصدر مرسوم التعيين . . . عن علم بأنه المقدم في بيته وشرفه . . .

#### (٥) رزق القضاء ورواتبهم :

كانت رواتب القضاة تتمشى مع الحالة المالية وحالة الرخاء وحاجة القاضي <sup>(١)</sup> ، فقد فرض عُمر لقاضيه شريح مائة درهم في الشهر ، وزادت الرواتب للقضاة في عهد بني أمية الى عشرة دنائير شهرياً ثم ارتفعت الى ثلاثين ديناراً في عهد الدولة العباسية . وفي عهدها الزاهر عهد المأمون كان قاضي مصر عيسى بن المنكدر يتقاضى ألف دينار شهرياً ، وبلغ في عهد الفاطميين ٢٠٠ ديناراً <sup>(٢)</sup> .

ولأجل ضمان النزاهة ، استحسن السرخسي أن يقلد الامام القضاء من له ثروة ، لكي لا يطمع في أموال الناس . وهذا ما أوصى به عمر الى أبي موسى الأشعري ، حيث كتب له : « لا تستقضين إلا ذا مال وذا حسب . فإن ذا المال لا يرغب في أموال الناس » <sup>(٣)</sup> .

غير أنه وجد في الإسلام بعض القضاة ممن لم يقبل أجراً على القضاء ، إما ديانة أو تعففاً أو استغناء <sup>(٤)</sup> : ووجد من القضاة كذلك من أخذ على نفسه عدم استيفاء الأجرة عن يوم العطلة : فقد ذكر عن أبي خزيمة إبراهيم بن زيد ، قاضي مصر ، انه كان لا يأخذ ليوم الجمعة رزقاً قائلاً : إنا أنا أجبر للمسلمين ، فإذا لم أعمل لهم لم آخذ متاعهم ، وقد ردَّ لبيت المال خمسة دراهم ، ليوم لم يجلس فيه للقضاء <sup>(٥)</sup> .

وإن قاضي قرطبة نصر بن طريف اليحصبي كان ورعاً ، فإذا شُغل عن القضاء يوماً لم يأخذ لذلك اليوم أجراً .

وإن القاضي أبي خزيمة الرعيني كان إذا غسل ثيابه ، أو شهد جنازة ، أو اشتغل بشغل يختص به ، يأخذ من رزقه بقدر ما يشتغل ، فيعيده الى بيت المال ، ويقول : إنا أنا عامل للمسلمين ، فإذا اشتغلت بشيء عن عملهم ، لم أستحق أن آخذ من مالهم شيئاً .

وإن سليمان بن أسود الخافقي لما عزل عن قضاء ماردة في قرطبة ، كتب الى

(١) هذا ما جله عند الأستاذ علي منصور . المرجع السابق ص ٣٤١ .

(٢) أي ما يوزن ٦٠٠ جنيه مصري حالياً (الأستاذ علي منصور ص ٣٤١) .

(٣) الدكتور صبحي محمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٧٥ .

(٤) الأستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٢١٣ .

(٥) وكيع : أخبار القضاة ج ٣ ص ٢٣٣ .

الأمير : ان يدي مالا تجمع من أرزاقني ، وجب علي صرفه الى بيت المال ، وهو مما حاسبت فيه نفسي ، من أيام الجمع ، وأوقات الأشغال ، والأحيان التي وجب علي فيها النظر فلم أنظر<sup>(١)</sup> .

وقد خصص الامام الماوردي في كتابه أدب القاضي بحثاً مستقلاً عن « رزق القضاة »<sup>(٢)</sup> جاء فيه : « والقضاء مما يجوز أخذ الرزق عليه من بيت المال ، لأن الله تعالى جعل للعاملين على الصدقات سهلاً فيها . . . ولأنه لما ارتزق الخلفاء الراشدون على الخلافة لانقطاعهم عن المكاسب ، كان القضاة بمثابةهم . . ورزقه مقدر بالكفاية من غير سرف ولا تقصير . وكذلك ارتزاق أعضائه من كتاب ، وحاجب ، ونائب ، وقاسم ، وسجان ، حتى لا يستعجل واحد منهم خصياً . قال الشافعي : ويجعل مع رزق القاضي شيئاً لقراطيسه ، لأنه لا يستغني عن إثبات الحجج والمحاکمات ، وكتب المحاضر والسجلات ، وهي من عموم المصالح فكان سهم المصالح من بيت المال أحق بتحملها » .

٢٨ - ( رابعاً ) - عزل القاضي واستعفاؤه :

(١) عزل القاضي :

قد يجد مرجع التعيين ضرورة لعزل القاضي لسبب من الأسباب . وقد جاء عند البعض<sup>(٣)</sup> أنه يجوز للموئلي أن يعزله إذا شاء . والأولى بالموئلي أن لا يعزله إلا من علر .

التمنع عن إحقاق الحق سبب للعزل : ومن حوادث العزل ذوات الدلالة ما رواه البعض<sup>(٤)</sup> : « إن عمر استعمل قاضياً ، فاختصم اليه رجلان في دينار ، فحمل القاضي ديناراً فأعطاه للمدعي فقال عمر : اعتزل قضائنا » .

كثرة الكلام سبب للعزل : جاء في شرح نهج البلاغة لابن أبي الحديد<sup>(٥)</sup> : « أن عمر بن عبد العزيز عزل بعض قضائه ، فقال : لم عزلتني ؟ فقال : بلغني أن كلامك أكثر من كلام الخصمين إذا تحاكما اليك » .

الجور في الحكم سبب للعزل : ذكر البعض<sup>(٦)</sup> أن يتباً تظلم بعد بلوغه من القيم عليه الى القاضي يحسب من ميمون فلم ينصفه . وأتى اليتيم ببينة من قومه فشهدوا انه

(١) الاستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٢١٦

(٢) الماوردي : أدب القاضي ج ٢ ص ٢٩٤ حتى ٣٠٠ .

(٣) الماوردي : أدب القاضي ج ١ رقم ١٨٤ ص ١٨٠ .

(٤) وكيع : أخبار القضاة ج ١ ص ٨١ .

(٥) الجزء الرابع ص ١٣٣ .

(٦) الاستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ١٧٠ .

مظلوم ، فلم يستمع بحجى منهم . فكتب اليه اليتيم بأبيات من الشعر فسجنه بحجى . ثم رفع الأمر الى الخليفة ، فعظم ذلك عليه وكتب بصرف بحجى من القضاء مذموماً مدحوراً .

خالفه السنة والاجماع سبب للعزل : فقد جاء شخص الى القاضي اسماعيل الكندي في مصر وجلس بين يديه وقال له جئت مخاصماً لك . قال : فبماذا ؟ قال في إبطالك أحباس المسلمين أي الأوقاف . فقد حبس رسول الله ، وأبو بكر ، وعمر ، وعثمان ، وعلي ، وطلحة ، والزبير ، فمن بقي بعد هؤلاء ؟ وقام وكتب الى المهدي ، فورد الكتاب بعزله . فسبب العزل هنا اجتهد خالف السنة والاجماع وهو ما يقابله في نظامنا القضائي خطأ القاضي الجسيم الذي يفترض أن لا يقع فيه قاض يهتم بواجباته الاهتمام العادي<sup>(١)</sup> .

الرشوة سبب للعزل : روى البعض<sup>(٢)</sup> أن القاضي حمزة بن علي الغلبوني ، استخلف على قضاء مصر وكان يسير سيرة سيئة ، وشهد شهود عليه بأنه انكشف لهم من حاله : قلة الأمانة ، وظهور الخيانة ، ورقة الدين ، واغتصاب مال المسلمين ، وارتياء مال المسلمين . . . فثبت أنه غير موضع للقضاء فعزل .

القيام للناس في مجلس الحكم سبب للعزل : روي أن يونس بن عطية كان قد استتاب في مرضه رجلاً ، فبلغه أنه قام لآخر في مجلس الحكم ، فعزله وقال : ليس على هذا مضي السلف<sup>(٣)</sup> .

المعجلة في الحكم سبب للعزل : ذكر النباهي المالقي في كتابه تأريخ قضاة الأندلس<sup>(٤)</sup> أن القاضي معاذ بن عثمان الشعبي ولي القضاء سبعة عشر شهراً ، فكان يعجل بالحكم : فأحصى عليه في تلك المدة سبعون قضية أنفلدها ، فاستنكرت منه . وخيف عليه الزلل ، فعجل الأمير عزله .

## (٢) استعفاء القاضي :

استعفاء القاضي لعدم تنفيذ حكمه : جاء عند البعض<sup>(٥)</sup> أن القاضي عمران بن عبد الله ( سنة ٨٩ هـ ) شهد عنده على كاتب لعبد الله بن عبد الملك أنه سكر ، فأراد حله وقصاصه فمنع منه عبد الله بن الملك فقال عمران : لا أقضي أو أقيم عليه الحد . فلم يصل الى ذلك ، فانصرف عن القضاء .

(١) الملة ٧٤١ من قانون أصول المحاكمات للندية اللبناني الجديد

(٢) الأستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ١٧٢ .

(٣) مذكور ذلك عند القاسمي ص ١٧٣ .

(٤) ص ٥٥ .

(٥) الأستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ١٧٨ و ١٧٩ .

استعفاه للتدخل عنده : وإن القاضي أبي العباس الحنفي : كان صارماً ، مهيباً ،  
نزهاً ، قوياً بالحق ، لا يقبل لأحد هدية ، ولا يعمل برسالة أحد من أهل الدولة ، ولا  
يراعيهم . فكثر عليه رسائلهم ، فكَرِهَ الإقامة بينهم ، وسأل العزل مرة بعد مرة .

استعفى لمعجزه : وإن القاضي شريح أتاه رجل فقال له : كبر سنك ، ورق  
عظمك ، وذهلّت عن حكّمك ، وارثى ابنك فقال له : أجِدْ عليّ . فأعاد عليه ،  
فاستعفى وأعفى .

## ٢٩ - ( خامساً ) - مسؤولية القاضي عن أحكامه :

الفقهاء مجمعون على أن القاضي إذا تعمد الجور ، وأقر بأنه حكم متعمداً بغير  
الحق ، لزمه الضمان في ماله ويعزر بالعقوبة لارتكابه هذه الجريمة ويعزل من القضاء .  
أما إذا كان الخطأ غير متعمد ، فإنه لا يضمن ما ترتب على خطئه من أضرار مالية لحقت  
بأحد الخصمين بسبب هذا الخطأ ، لأنه في قضائه نائب عن ولي الأمر ممثلاً الأمة ،  
والنائب لا يلتزم بالعهد . وينظر ، فإذا كان الأمر المقتضي فيه حقاً من حقوق الله كحد  
الزنا والسرقة بطل القضاء ووجب الضمان في بيت مال المسلمين ، وإذا كان حقاً من  
حقوق العباد وأمكن تدارك الأمر ، فإن الحكم يبطل بالظن فيه ، وإلا فإذا كان الحكم  
مبرماً وتنفذ : فإن كان أساس الخطأ تدليس المدعي فيما أثبت به الدعوى ، كان الضمان  
في مال المقتضى له حتى لو كان الحكم بالقصاص فإنه يلزمه التعويض ولا يقتصر منه ،  
لأن حكم القضاء شبهة مانعة من القصاص . وإذا لم يكن منشأ الخطأ ما ذكر ، وإنما كان  
من اجتهاد القاضي ، فلا شيء ولا يبطل الحكم (١) .

وقد نظم قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد مسألة مدعاة الدولة  
بشأن المسؤولية الناجمة عن أعمال القضاة العدليين .

فنصت المادة ٧٤١ من القانون على أنه : « تجوز مدعاة الدولة بشأن المسؤولية  
الناجمة عن أعمال القاضي . . . في جميع الحالات التي يميز فيها هذه المداعة نص خاص  
وفي الحالات التالية : ١ - الاستنكاف عن إحقاق الحق . ٢ - الخداع أو الغش . ٣ -  
الرشوة . ٤ - الخطأ الجسيم الذي يفترض أن لا يقع فيه قاض يهتم بواجباته الاهتمام  
العادي » .

وتنص المادة ٧٥٣ من ذات القانون أنه : « في حال الحكم بصحة الطلب المبني  
على الاستنكاف عن إحقاق الحق يقضي على المدعى عليها - الدولة - بالتعويض للمدعي  
عن الضرر المسبب له وبإحالة الدعوى الأساسية لقاض آخر يُنظر فيها » .

وتنص المادة ٧٥٤ : « في حال الحكم بصحة الدعوى المبينة على الخداع أو الغش

(١) الدكتور محمد سلام مذكور : المرجع السابق ص ٦١ .

أو الرشوة أو الخطأ الجسيم يُقضى ببطالان الحكم أو الاجراء المشكوك منه ويتعويض للمدعي عن الضرر المسبب له » .

وتنص المادة ٧٥٨ على أنه : « في حال صدور حكم على الدولة بالتعويض يكون لها حق الرجوع به على القاضي . . . » .

وتنص المادة ٧٥٩ على أنه : « إذا صدر حكم للدولة ، جاز لها ، في الحالات المبينة في البنود ٢ و ٣ و ٤ من المادة ٧٤١ ، أن تقيم الدعوى بمخاصمة القاضي أمام الهيئة العامة لمحكمة النقض . . . وذلك بقصد إبطال الحكم المذكور . . . وللدولة أن تطالب القاضي ، في الدعوى عنها ، بالتعويض المناسب . . . » .

وتنص المادة ٧٦٠ على أنه : « تبلغ الأحكام الصادرة في الدعوى المقامة على الدولة أو منها الى مجلس القضاء الأعلى والى هيئة التفتيش القضائي » .

وتنص المادة ٣٥٩ من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني على أنه : « يمكن أن يُحكم ، بناء على طلب المحكوم عليه في الحكم الصادر ببراءته بعد قبول طلب إعادة المحاكمة ، بالتعويض من الضرر الناشئ له عن الحكم السابق . يعود طلب التعويض ، إذا كان المحكوم عليه ميتاً لزوجته وأصوله وفروعه . . » .

وتنص المادة ٣٦٠ من القانون الأخير : « تتحمل الدولة التعويض المحكوم به ولها أن ترجع به على المدعي الشخصي أو المخبر أو شاهد الزور الذين كانوا السبب في صدور الحكم بالعقوبة » .

### ٣٠ - (سادساً) - استقلال السلطة القضائية الاسلامية :

من ضمانات العدالة واحقاق الحق ، مبدأ استقلال القضاء عن سلطات الدولة الأخرى لا سيما عن السلطة التنفيذية ، ويستتبع ذلك خضوع أرباب الحكم جميعاً لسلطان القانون ولصلاحية القضاء أسوة بسائر المواطنين .

وقد تأيد استقلال السلطة القضائية الاسلامية عن السلطات الأخرى منذ أربعة عشر قرناً بعمل قضاة السلف ، وبأقوال أئمة المذاهب .

(١) خضوع الخلفاء للقضاء : ويشهد على استقلال القضاء في الاسلام خضوع الخلفاء في خصوماتهم لصلاحية القضاء ، إذ أنه لم يكن للخليفة أو للإمام أن يقضي لنفسه ، كما لا يجوز له أن يشهد لنفسه . لذلك لجأ الخلفاء في خصوماتهم الى سلطة القاضي ، وكانوا لا يرون أي نقيصة أو غضاضة في ذلك . بل كان ذلك يصهم بالعدالة والتزاهة ، ويضمن للرعية المساواة .

ومن الأمثلة المثالية على ذلك<sup>(١)</sup> ، قضية للخليفة عمر مفادها : أنه أخذ فرساً من

(١) ذكر ذلك : الدكتور صبحي محصاني ، تراث الخلفاء الراشدين ، ص ١٥٨ و ١٥٩ و ١٦٠ .

أعرابي لتجربته قبل شرائه ، فحمل عليه عمر وعطب الفرس . ولما خاصمه ، مطالباً إياه بالثمن ، اتفقا على تحكيم شريح العراقي . وهذا ، بعد سماع الطرفين ، حكم على الخليفة بدفع الثمن ، قائلاً : « أخذته صحيحاً سالماً ، فأنت له ضامن حتى تردّه سالماً » . والعبرة من هذه القضية أن خليفة المسلمين رضخ لحكم القضاء الذي لم يتأثر إلا بحكم القانون ، من دون مراعاة لمكانة المدعى عليه . وكذلك فقد روي أن الامام علياً ، لما رجع من قتال معاوية ، وجد درعه المفقودة بيد رجل يهودي ، كان يسعى لبيعها . ولما أصر هذا على أن الدرع له ، اختصم الاثنان أمام القاضي شريح . فطلب القاضي من الإمام علي أن يثبت دعواه . فأتى بخادمه قنبر وابنه الحسن شاهدين . فرفض القاضي شهادة الابن لوالده . فقال علي : « سبحان الله ، رجل من أهل الجنة لا تجوز شهادته . سمعت رسول الله يقول : الحسن والحسين سيدا شباب أهل الجنة » . ولما أصر القاضي على موقفه ، طلب علي من اليهودي أن يأخذ الدرع ، لأنه لم يكن له شهود غير من ذكر . فما كان من المدعى عليه إلا أن تأثر بهذا العدل ، وباحترام علي لاستقلال القضاء . فقال : « أشهد أن الدرع لك ، وأن دينكم هو الحق . قاضي المسلمين يحكم على أمير المؤمنين ويرضى . أشهد أن لا إله إلا الله ، وأشهد أن محمداً رسول الله » . فسرّ الامام علي بإسلام اليهودي ، فدفع اليه الدرع تبرعاً ، ثم توجه هذا مع علي ، يقاتل معه في النهروان حتى استشهد .

ويروي قاضي القضاة أبو يوسف عن نفسه<sup>(١)</sup> أنه جاءه رجل يدعي على الخليفة أن له بستاناً في يد الخليفة ، فأحضر الخليفة الى مجلس القضاء ، وطلب من المدعي البينة على دعواه فقال : غَصَبَ المهدي مني ولا بَيِّنَةٌ لديّ وَلِيَحْلِفَ الخليفة ، فقال الخليفة البستان لي اشتراه لي المهدي ولم أجِدْ به عقداً ، فوجه القاضي أبو يوسف الى الخليفة اليمين ثلاث مرات فلما لم يَحْلِفْ قضى بالبستان للرجل .

وذكر البعض<sup>(٢)</sup> أن قاضي المدينة محمد بن عمران ، عندما أقام الحَمَّالون الدعوى على الخليفة أبي جعفر المنصور ، سأله المنادي بأي شيء أنادي : بأبخلخافة أم باسمه ؟ قال : باسمه . فتاداه فتقدم اليه ، فقضى عليه .

(٢) خضوع الدولة لسيادة القانون : من ذلك قضية سكان مدينة سمرقند ، التي تثبت سيادة القانون وخضوع الدولة الاسلامية لحكم القانون في القضايا الدولية . وخلصتها أن القائد قتيبة بن مسلم الباهلي كان دخل تلك المدينة دون انذار أهلها ، كما توجبه الأحكام الشرعية . فبعد وفاة قتيبة ، أرسل هؤلاء وفدًا منهم الى الخليفة عمر بن

(١) الأستاذ علي مصور : المرجع السابق ص ٣٢٧ .

(٢) وكيع : أخبار القضاة ج ١ ص ١٩٣

عبد العزيز ، يشكون اليه هذا الغدر . فكتب الخليفة الى عامله ، يأمره بأن ينصب لهم قاضياً ، ينظر في أمرهم . فنصب الوالي لذلك القاضي جميع بن حاصر الباجي . فحكم هذا بإخراج المسلمين من سمرقند ، على أن ينابذوا أهلها على سواء . فكروه هؤلاء الحرب ، وأقروا للمسلمين بعد أن اطمأنوا الى عدلهم ، وأقاموا بين أظهرهم<sup>(١)</sup> .

(٣) رفض القضاة تدخل الولاة وشهادة قاداتهم : ومن الأمثلة كذلك على استقلال القضاء في الاسلام أن القاضي شريعياً كان يرد تدخل الولاة في أحكامه . فقد قضى مرة على رجل ، فحبسه في السجن . فعلم بذلك والي البصرة والكوفة بشرين مروان ، أخ الخليفة الأموي عبد الملك بن مروان . فأرسل الى شريح ، طالباً إليه أن يخلي سبيل الرجل . فاجابه شريح : « السجن سجنك ، والبواب بوابك . وأما أنا فإني رأيت عليه الحق ، فحبسته لذلك » . ثم أبى أن يخلي عنه<sup>(٢)</sup> .

وكذلك روي عن القاضي ابن شبرمة أنه كان مستغلاً في قضائه ، جريئاً في أحكامه . فقد قضى مرة على أحد القواد ، وقال له : « إياك والله ، لئن هربت ، لأتبعنك القضاء » . وقال لخصمه : « نخذ منه كثيراً أو قليلاً »<sup>(٣)</sup> .

ومن أمثلة عدالة واستقلالية القاضي أبي يوسف انه رد شهادة بعض قواد الخليفة الرشيد ولم يقبلها فسأله الرشيد في ذلك فقال ( عن الشاهد ) : سمعته يقول أنا عبد الخليفة ، فإن كان صادقاً فلا شهادة لعبد ، وإن كان كاذباً فشهادته مردودة أيضاً لكذبه . وبالحق الخليفة في الجدل فقال له وما شأني كشاهد ، أتقبل شهادتي ؟ فقال أبو يوسف لا ، فعجب الخليفة من السبب فقال لأنك تكبر على الخلق ولا تحضر ( صلاة ) الجماعة مع المسلمين ، وهذا يناقض العدالة التي هي شرط لقبول الشهادة ، فبنى الرشيد مسجداً في داره وأذن للامة في الصلاة فيه فحضر بذلك صلاة الجماعة .

(٤) ليس في القضاء شفاعة : القصص في ذلك كثيرة وقد جاء عند البعض<sup>(٤)</sup> إن القاضي أبي عيسى المقرري الكركي : باشر القضاء بصرامة ، وانفاذ للحق ، وحكم بالعدل ، وعدم التفات لشفاعة أحد ، أو رسالة كبير أو صغير .

وجاء في تاريخ الخلفاء للسيوطي<sup>(٥)</sup> أن المنصور كتب الى قاضي البصرة سؤار بن عبد الله : « أنظر الأرض التي تخاصم فيها فلان القائد و فلان التجار ، فادفعها الى

(١) الدكتور صبحي عمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٦١ .

(٢) وكيع : أخبار القضاة ج ٢ ص ٢٧٩ ؛ الدكتور صبحي عمصاني : المجتهدون في القضاء ص ٣٧ .

(٣) وكيع : أخبار القضاة ج ٢ ص ١١١ ؛ الدكتور صبحي عمصاني : المجتهدون في القضاء ص ٣٧ .

(٤) الأستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ١٨٩ حتى ١٩٨ .

(٥) ص ٢٦٥



القائد . فكتب اليه القاضي : ان البينة قامت عندي أنها للتاجر ، فلست أخرجهما من يده إلا ببينة . فكتب اليه المنصور : والله . . . لتدفعنها الى القائد : فكتب اليه القاضي : والله . . . لا أخرجتهما من يد التاجر إلا بحق . فلما جاءه الكتاب قال : ملأتهما والله عدلاً ، وصار قضائي تردني الى الحق » .

وجاء في تاريخ قضاة الأندلس للنباهي المالقي<sup>(١)</sup> : « إن بدرون الصقلي كان خادماً عند الأمير . . . دخل عليه باكياً ، فقال له الأمير : ما دهاك ؟ فروى بدرون قصة له مع قاضيه سليمان بن الأسود الغافقي ، ثم قال بدرون : أفيحسن عندك - يا مولاي - أن يركب مني قاضيك مثل هذا ، ومكاني من خدمتك مكاني ؟ فتغير وجه الأمير محمد ، وقال له : يا بدرون ، اخفض عليك ، فمحلحك مي تعلمه ، فاسألنا به حوائجك ، نُجَبِّك إليها ، ما خلا معارضة القاضي ، فهذا باب قد أغلقناه ، فلا نجيب اليه أحداً من أبنائنا ، ولا من أخواننا ، ولا من أبناء عمنا ، فضلاً عن غيرهم ، والقاضي أدرى بما فعل . . » .

(٥) لا يقبل القاضي كتاباً إلا في مجلس القضاء : روى وكيع<sup>(٧)</sup> فقال : كتب أبو شيبة كتاباً الى ابن أبي ليل . . فلقيت ابن أبي ليل . . فدفعته اليه الكتاب ، فلم يقبله . فقلت ليس هو في الحكم ، إنما هو وصلك به . قال : لا أقبله إلا في مجلس الحكم .

وروى الكندي في كتاب السلوة والقضاة<sup>(٧)</sup> : إن أبا جعفر المنصور كتب الى القاضي أبي خزيمه في مصر ، فدفع اليه الكتاب ، فلما نظر اليه جعله في كفه ، فكلمه محمد بن سعيد أن يفضه فقال : هذا من الحكم ، وللحكم مجلس .

### ٣١ - (سابعاً) - آداب القضاة<sup>(٨)</sup> في حياتهم الخاصة :

يقول الماوردي في أدب القاضي<sup>(٩)</sup> : « وللقضاة آداب تزيد بها هيبتهم ، وتقوى بها رهبتهم . والمهية والبرهية في القضاء من قواعد نظرهم ، لتعود الخصوم الى التناصف ، وتكفهم عن التجاحد . وآدابهم . . . تشتمل على . . . آدابهم في أنفسهم : وهو معتبر بحال القاضي ، فإن كان موسوماً بالزهد والتواضع والخشوع ، كان أبلغ في هيئته وأزيد في رهبته . وإن كان عازحاً لأبناء الدنيا ، تميز عنهم بما يزيد في هيئته من

(١) ص ٥٨ .

(٢) أخبار القضاة ج ٣ ص ٣١٠ .

(٣) ص ٣٦٦ .

(٤) الأدب هو التخلق بالاخلاق الجميلة والحصول الحميدة . وأدب القاضي التزامه لما عيّن له من سط العدل ودفع الظلم وترك الميل والمحابسة على حدود القوانين والجري على المسلك القويم ( عملة الأحكام المدنية

للاستاذ سليم باز ص ١١٦٥ ) .

(٥) ج ٢ رقم ٢٩٣٩ ص ٢٤١ - ٢٤٢ .

لباس لا يشاركه غيره فيه ، ويجلس لا يساويه غيره فيه ، وسمت يزيد على غيره فيه »  
تناول الفقهاء بحث آداب القاضي في حياته الخاصة : كبيع القاضي وشرائه ،  
وحضور القاضي الولائم ، واستقبال القاضي للخصوم ، وقبوله الهدايا ، وعيادة  
المرضى وحضور الجنائز ، وبيت القاضي ، ولباسه ومركبه ، ومشى القضاة .

#### (١) - بيع القاضي وشراؤه :

حفاظاً على وقار ورزاة القاضي كره له البعض مباشرة البيع والشراء وذكر  
الماوردي في أدب القاضي<sup>(١)</sup> عن الشافعي قوله : « واكره له البيع والشراء خوفاً  
لمحاباة الزيادة ومتولاه له غيره . وإنما كره له أن يباشر البيع والشراء في خاص نفسه ،  
أو لغيره - وإن لم يكن كرهه أبو حنيفة - لأن النبي قال : ما عدل والنجس في رعيته أبداً .  
وروي عن شريح قال : شرط علي عمر حين ولاي القضاء ، أن لا أبيع ولا ابتاع . . .  
لأنه إذا باع واشترى لم يؤمن أن يسامح ويحاي ، فتميل نفسه عند المحاكمة اليه ، إلى محاباة  
من سامحه ومحابه ، ولأن في مباشرته بذلة تقل بها هيئته ، فكان تصاونه عنها أولى . فإن  
قيل فقد كان رسول الله يبيع ويشترى فعنه أجوبة : أحدها - إن الله تعالى قد نزه رسوله  
عما يتوجه إلى غيره من التهمة . . . والثاني - أنه ما فعل ذلك بعد النبوة إلا نادراً ، قصد  
به بيان الأحكام . .

« فإن احتاج القاضي إلى بيع أو شراء ، وكل من ينوب عنه ، ولا يكون معروفاً  
به ، فإن عُرِف استبدل به من لا يُعرف ، حتى لا يحاي ، فتعود المحاباة اليه . فإن لم يجد  
في مباشرته للبيع والشراء بداً ، واحتمل اليه من بايعه وشراؤه ، اخترنا له أن لا ينظر في  
حكومته بنفسه ، ويستخلف من ينظر فيها ، فيكون بعيداً من التهمة ، فإنه وإن حُكِمَ  
بالحق ، لا يؤمن أن يكون قلبه اليه أميل من خصمه إن يأسره ، أو إلى خصمه أميل إن  
عاسره . فإن خالف ما اخترنا ، وتفرد بالبيع والشراء ، فأحكامه نافذة »<sup>(٢)</sup> .

وقد روى السرخسي في المبسوط<sup>(٣)</sup> أن الرسول قال : « لا يبيع القاضي ولا  
يبتاع » .

ويقول الدكتور صبحي محمصاني<sup>(٤)</sup> أن الرزاة لا تمنع القاضي من شراء  
حوادثه ، وحوادث أهله من السوق بنفسه . فقد باشر ذلك النبي ، وباشره خلفاؤه  
الأربعة وقضايتهم ، بعد تقلدهم القضاء<sup>(٥)</sup>

(١) ج ١ رقم ٣٦٧ ص ٢٣٧ وما بعدها .

(٢) تنص المادة ١٧٩٥ من مجلة الأحكام العدلية أنه : « يجتنب القاضي في مجلس الحكم الأعمال والأوصاف التي  
تزيل مهابة المجلس كالبيع والشراء والملاطفة » .

(٣) ١٦ / ٧٧ مذكور عند الدكتور محمصاني ، المجتهدون في الحق ص ١٤٢ .

(٤) المجتهدون في الحق ص ١٧٦ - ١٧٧ .

(٥) السرخسي : المبسوط ١٦ / ٧١ و ٧٧ .

## (٢) حضور القاضي الولائم :

ذكر البعض<sup>(١)</sup> عن الامام الشافعي قوله عن حضور القاضي الولائم : « ولا أحب أن يتخلف عن الوليمة : إما أن يجيب كلا ، وإما أن يترك كلا ويعتذر إليهم ، ويسألم التحليل . أما حضور الولائم إذا دعي إليها ، فيجوز أن يجيب ، لقول النبي : لو دعيت إلى كراع لأجبت . . واختلف أصحابنا فيمن تعلقت عليه أمور المسلمين من الأئمة والقضاة ، هل يكونون في حضور الولائم مندوبين إليها كغيرهم ؟ على ثلاثة أوجه : أحدها - إنهم مندوبون إلى حضورها كغيرهم ، لعموم ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : مَنْ لم يُجِب الداعي فقد عصى أبا القاسم . والوجه الثاني - أنهم لا اختصاصهم بمصالح المسلمين ، سقط عنهم فرض الاجلابة ، بخلاف غيرهم . ولذلك قال الشافعي : « ولا أحب أن يتخلف عن الوليمة » وأخرجه مخرج الاستحباب دون الوجوب ، لأن أمره عليه السلام ، يحتل العموم ويحتمل الخصوص ، فيها عدا الولاة . والوجه الثالث - انه ان كان مرتزقاً لم يحضر ، لأنه أجبر للمسلمين ، فلم يميز أن يفوت عليهم حقهم من زمانه . وان كان متطوعاً غير مرتزق حضر . وكان كغيره من الناس . فتكون الاجابة على الوجه الأول فرضاً يأثم تركه ، وعلى الوجه الثاني مستحبة يكره له تركها ولا يأثم بها ، وعلى الوجه الثالث مفصلة باعتبار حاله في الارتزاق والتطوع »

## (٣) لا يذهب القاضي إلى ضيافة أحد الخصمين :

نصت المادة ١٧٩٧ من مجلة الأحكام العدلية على أنه : « لا يذهب القاضي إلى ضيافة أحد الخصمين » . وقال الاستاذ علي حيدر في شرح هذه المادة<sup>(٢)</sup> :

« لا يذهب القاضي إلى ضيافة أحد الخصمين العامة أو الخاصة ، لأن تلك الضيافة وقد أدبت للقاضي ، وليس للقاضي أن ينتفع بأموال الناس بلا بدل . كما أن ذهاب القاضي إلى ضيافة أحد الخصمين تؤذي الخصم الآخر ، وتكون سبباً للإرتياب في القاضي .

« ويفهم من منع الضيافة بصورة مطلقة ، أن المنع عام سواء كانت ضيافة المتخاصمين عامة أو خاصة ، وسواء كان بين القاضي وأحد الخصمين قرابة أو كانت الكلفة مرفوعة بينها .

وللقاضي أن يذهب إلى ضيافة غير المتخاصمين إذا كانت عامة ، لأنه ليس فيها تهمة وفي الحديث الشريف « أجبيوا الداعي » . ولذلك يكون قيد المتخاصمين قيداً احترازياً . أما إذا كانت الضيافة خاصة ، فلا يذهب القاضي لأنها تكون ضيافة للقاضي ، وبهذا الاعتبار لا تكون كلمة « متخاصمين » قيداً احترازياً .

(١) للارودي : أدب القاضي ج ١ رقم ٣٧٤ حتى ٣٧٨ من ٢٤١ حتى ٢٤٣ .

(٢) درر الحكم في شرح مجلة الأحكام ، المرجع السابق ، ص ٥٣٨ و ٥٣٩ .

« وتكون الضيافة عامة إذا كان يُعلم أن المضيف لا يترك الضيافة مع علمه بعدم حضور القاضي ، وإلا فتكون الضيافة خاصة . أما عند بعض العلماء ، فإن ضيافة الوليمة والختان فهي عامة ، وما عداها فهي خاصة . وقد قال البعض أن للقاضي أن يجيب دعوة اثنين :

أولاً - له أن يجيب دعوة محرمه ذي الرحم . فعليه إذا كانت بين القاضي والمضيف قرابة ، فللقاضي أن يجيب الدعوة بلا خلاف ، لأن في هذه الإجابة صلة رحم شرط أن لا يكون المضيف أحد المتخاصمين .

ثانياً - للقاضي أن يجيب الضيافة الخاصة لمن اعتاد تضييفه قبل أن يتولى القضاء شرط أن لا يكون للمضيف قضية عند القاضي . أما إذا كان المضيف اعتاد تضييف القاضي قبل توليته القضاء في الشهر مرة ، فدعاه بعد تولي القضاء في الأسبوع مرة فلا يجيب الدعوة ، كما لا يجيب الدعوة إذا حضر طعاماً في الضيافة أكثر من معتاده ما لم يكن قد تزايد مال المضيف » .

(٤) لا يدخل القاضي أحد الخصمين الى بيته :

يقول الشافعي<sup>(١)</sup> انه لا ينبغي للقاضي أن يضيف الخصم دون صاحبه . فإذا أسس الخصمان عند القاضي ، أو كانا غريبين ، لم يجز أن يضيف أحدهما دون الآخر ، لما فيه من ظهور المماثلة .

وروي أن رجلاً نزل بعلي بن أبي طالب ، فقال له الإمام علي : ألك خصم ؟ قال : نعم . قال : تحوّل هنا ، فلإني سمعت رسول الله ﷺ يقول : لا تضيفوا أحد الخصمين إلا ومعه خصمه . فلذلك لم يجز أن يضيف أحدهما ، وقيل له : أما تضيفها معاً ، أو تصرفها معاً .

وقد نصت المادة ١٧٩٨ من مجلة الأحكام العدلية أنه : « يجب على القاضي أن لا يعمل أعمالاً تسبب التهمة وسوء الظن كقبوله دخول أحد الطرفين الى بيته . » .

وجاء في شرح هذه المادة<sup>(٢)</sup> : انه يجب على القاضي أن لا يعمل أعمالاً تسبب التهمة وسوء الظن ، كقبوله دخول أحد الطرفين الى بيته . . . لأنه يوجد في ذلك ميلاً لأحد الطرفين وجوراً على الطرف الآخر . فيجب على القاضي الاحتراز من ذلك ، لأنه بذلك يسبب انكسار قلب الخصم الآخر ، إذ أن المدعي إذا رأى ميل القاضي الى خصمه يحمله ذلك على ترك دعواه ويوجب ذلك ضياع حقه .

(١) للماوردي : أدب القاضي ج ٢ ، رقم ٣٠٣٣ حتى ٣٠٣٦ من ٢٦٤ و ٢٦٥ ،

(٢) الأستاذ علي حيدر : المرجع السابق ص ٥٣٩

إلا أنه للقاضي أن يزور الأشخاص الذين ليس لهم عنده قضايا وأن يقبلهم في بيته في شأن مصالحهم الأخرى .

(٥) عبادة القاضي للمرضى وحضوره الجنائز :

يقول الشافعي (١) : ويعود المرضى ، ويشهد الجنائز ، ويأتي مقدم الغائب . وهذا صحيح . وهذه قرب يندب إليها جميع الناس ، فكان الولاية فيها كغيرهم . لأن المقصود بها طاعة الله ، وطاعة رسوله ، وطلب ثوابه . وروي عن النبي أنه قال : عائد المريض في غurf (أي بستان من النخيل) من مخارف الجنة حتى يرجع . وعاد الرسول سعد بن أبي وقاص وجابر بن عبد الله في مرضهما . وعاد غلاماً يهودياً في جواره ، وعرض عليه الاسلام فأجاب . ويجوز للقاضي في العبادة وشهود الجنائز أن يعم ويخص ، بخلاف الولائم التي يعم بها ولا يخص .

(٦) يمنع القاضي من قبول الهدايا :

قال الشافعي (٢) : ولا يقبل منه هدية ، وإن كان يهدي إليه قبل ذلك ، حتى تنفذ خصوصته . ينبغي لكل ذي ولاية أن يتزهد عن قبول هدايا أهل عمله . . . وروي عن النبي أنه استعمل رجلاً من بني الأسد على الصدقة ، فلما قدم قال : هذا لكم ، وهذا أهدي لي . فقام النبي ﷺ على المنبر وقال : ما بال العامل نبهته على بعض أعمالنا فيقول : هذا لكم ، وهذا أهدي لي ؟ ألا جلس في بيت أبيه أو أمه فينظر يدي إلى أم لا ؟ والذي نفسي بيده لا يأخذ أحد منها شيئاً إلا جاء به يوم القيامة يحمله على رقبتة . .

وقد عقد البعض (٣) فصلاً خاصاً سماه « مهادة قضاة الأحكام » جاء فيه :

« وأما قضاة الأحكام ، فالهدايا في حقهم أغلظ مأثماً ، وأشدّ تحريماً ، لأنهم مندوبون لحفظ الحقوق على أهلها دون أخذها . . . وقد روي عن النبي قال : « لعن الله الراشي والمرتشي في الحكم » فخص الحكم بالذكر لاختصاصه بالتخليط .

« وينقسم حال القاضي في الهدية على ثلاثة أقسام :

١ - أحدها : أن تكون الهدية في عمله ، من أهل عمله ، فللمهدي ثلاثة أحوال . إحداهم - أن يكون ممن لم يهده قبل الولاية ، فلا يجوز أن يقبل هديته ، سواء كان له في حال الهدية محاكمة أو لم يكن ، لأنه معرض لأن يحاكم أو يحاكم ، وهي من المتحاكمين رشوة محرمة ومن غيرهم هدية محظورة . والحالة الثانية - أن يكون ممن يهديه قبل الولاية لرحم أو مودة له في الحال محاكمة ، فلا يحل له قبول هديته ، لأن قبولها ممايلة . والحال الثالثة - أن يكون ممن يهديه قبل الولاية ، وليس له محاكمة فينظر : فإن كانت من غير

(١) ذكر ذلك : للماوردي ، أدب القاضي ج ١ رقم ٣٧٩ من ٢٤٥

(٢) ذكر ذلك : للماوردي في أدب القاضي ج ٢ رقم ٣٠٣٧ من ٢٦٤ .

(٣) للماوردي : أدب القاضي ج ٢ رقم ٣٠٩٠ من ٢٧٩ وما بعدها .

جنس هداياه المتقدمة ، لأن كان يهاديه بالطعام فصار يهاديه بالثياب ، لم يجوز أن يقبلها لأن الزيادة هدية بالولاية . وإن كانت من جنس ما يهاديه قبل الولاية : ففي جواز قبولها وجهان : أحدهما يجوز أن يقبلها لخروجها عن سبب الولاية ، والوجه الثاني لا يجوز أن يقبلها لجواز أن تحدث له محاكمة ينسب بها إلى الممايلة .

- والقسم الثاني : أن تكون الهدية في عمله من غير أهل عمله ، فلمهديها ثلاثة أحوال : إحداهما - أن يكون قد دخل بها إلى عمله ، فقد صار بالدخول بها من أهل عمله فلا يجوز أن يقبلها ، سواء كانت له محاكمة أو لم تكن لجواز أن تحدث له محاكمة . والحال الثانية - أن لا يدخل بها الملهدي ويرسلها وله محاكمة ، وهو فيها طالب أو مطلوب ، فهي رشوة محرمة . والحال الثالثة - أن يرسلها ولا يدخل بها ، وليس له محاكمة . ففي جواز قبولها وجهان : أحدهما لا يجوز لما يلزمه من النزاهة ، والثاني ، يجوز لوضع الهدية على الإباحة .

- والقسم الثالث : أن تكون الهدية في غير عمله ومن غير أهل عمله لسفره عن عمله ، فتزاهته عنها أولى به من قبولها ليحفظ صيانتة ، فإن قبلها جاز ولم يمنع منها . فاما نزوله ضيقاً على غيره ، فإن كان في عمله لم يجوز وإن كان في غير عمله جاز . ولا يكره إن كان عابر سبيل ، ويكوه إن كان مقبلاً .

ولأجل ضمان النزاهة ، استحسّن السرخسي أن يقلد الإمام القضاء من له ثروة ، لكي لا يطمع في أموال الناس . وهذا ما كان عمر قد أوصى به أبا موسى الأشعري ، حيث كتب له : « لا تستغني إلا إذا مال وذا حسب . فإن ذا المال لا يرغب في أموال الناس . وإن ذا الحسب لا يخشى العواقب بين الناس »<sup>(١)</sup> .

(٧) لا يبدلي القاضي رأيه فيما ينتظر أمامه :

ذهب بعض الفقهاء من أصحاب ابن حنبل والشافعي إلى أنه يكره للقاضي أن يفتي في مسائل الأحكام المتعلقة به ، لأنه قد يعرض عليه الموضوع في خصوصية قضائية فيكون هذا إبداء رأي منه في المسألة ، ولأنه قد يتغير رأيه وقت الحكم ويهديه اجتهاده إلى غير ما أفتى به ، أو تظهر له أمور في مجلس القضاء لم تظهر له عند الافتاء . فإن أصر على فتياه والحكم بموجبها ، حكم بخلاف ما يعتقده صحته ، وإن حكم بخلافها تطرق الشك إلى نفس الخصم .

وقد روي عن القاضي شريح أنه ، حينما كان يُستفتى فيما يصحح أن يُنظر أمام القضاء ، يقول : « أنا أقضي لكم ولا أفتي »<sup>(٢)</sup> .

(١) الدكتور صبحي حمصاني : تراث الخلاف الراشدين ص ١٧٥ ، وكيع : أخبار القضاة ج ١ ص ٧٦ - ٧٧ .

(٢) ابن قيم الجوزية : إعلام الموقعين ج ٤ ص ٢٢٠ .

وذكر البعض<sup>(١)</sup> ان بعض فقهاء المذهب المالكي قال : « يُكره للقاضي أن يفقي في خصومة وإن لم تقع » .

وتنص المادة ١٢٠ فقرتها ٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد على أنه : « يجوز للخصوم أو لأحدهم طلب رد القاضي . . إذا كان قد أبدى رأياً في الدعوى بالذات ولو كان ذلك قبل تعيينه في القضاء . ولا يصح اثبات هذا الأمر إلا بدليل خطي أو بإقرار القاضي » .

وتنص المادة ١٢١ من ذات القانون على أنه يجب على القاضي أن يعرض تنحيه من تلقاء نفسه في الحالة السابقة .

#### (٨) بيت القاضي :

كان القضاء يسكنون حيث تسر لهم ، في البلد الذي تقلدوا القضاء فيه . فلما ازداد العمران ، واتسعت المدن ، رأى بعض الفقهاء أن يضعوا قواعد لسكن القاضي . من ذلك ما قاله البعض<sup>(٢)</sup> من أن القاضي : « يختار أن يسكن في وسط البلد ، ليقرب على جميع أهله » .

وعرف كثير من القضاة بالتشرف والزهد في بيوتهم ، فقد روى<sup>(٣)</sup> أنه : لما عزل يحيى بن معمر عن القضاء بقرطبة ، بعث إليه أحد الوزراء فدخل الى بيت القاضي ، فإذا به ليس فيه إلا حصير ، وخابية بدقيق ، وصفحة ، وقلة للماء ، وقدر ، وسرير كان يرقده عليه .

وربما تنعم القاضي في بيته أو في مجلس قضاائه أو فيها معاً . قال وكيع في أخبار القضاة<sup>(٤)</sup> : « كان عيسى ابن ابان متنعماً جداً ، لقد رأيته يحكم في منزله بالبصرة ، وهو على فرش طبري ، متساند الى وسائد طبري ، وعليه قميص ورداء قصب ، وبين يديه الریحان » . وقال عنه : « كان عيسى سخياً عفيفاً ، ولي القضاء عشر سنين ، وكان ذا مال قبل ولايته ، فمات وما ورث ولده شيئاً » .

#### (٩) لباس القاضي ومركبه :

لم يكن للقضاة ، قبل قاضي القضاة أبي يوسف ، لباس خاص ، وإنما كانوا يلبسون ما يلبس الناس ، أو ما يشاؤون من الألبسة المألوفة في عصرهم وبلدانهم ، حتى كان أبو يوسف قاضياً للقضاة ، في القرن الثاني الهجري ، وقد تولى القضاء سنة ١٦٦ هـ / ٧٨٢ م ، فابتدع لباساً للقضاة . فقد قال ابن خلكان في وفیات الأعيان<sup>(٥)</sup> : انه

(١) الدكتور محمد سلام مذكور : للرجع السابق ص ٦٠ و ٦١ .

(٢) الماوردي : أجب القاضي جـ ١ رقم ٢٣٩ ص ١٩٤ .

(٣) الأستاذ طاهر القاسمي : المرجع السابق ص ٢٣٤ .

(٤) جـ ٢ ص ١٧٢ و ١٧١ .

(٥) جزء ٢ ص ٤٠١ كما ذكر ذلك الأستاذ طاهر القاسمي ص ٢٣٥ .

أول من غيّر لباس العلماء الى هذه الهيئة التي هم عليها في هذا الزمان . وكان ملبوس الناس قبل ذلك شيئاً واحداً لا يتميز أحد عن أحد بلباسه . وكلمة العلماء هنا تعني - فيها يبدو - القضاة خاصة ، أو رجال العلم ومنهم القضاة بالضرورة . وقد قال وكيع بسنده<sup>(١)</sup> : « كنت واقفاً بباب الرشيد ، وإلى جانبي أبو البختري القاضي ، فيخرج خادم الرشيد ، فقال : أبا البختري ، فأجابه . فقال : يقول لك أمير المؤمنين : هات طويلتك . فاخذها ، وأدخلها ، ثم أخرجها ، وقد قطع منها أربعة أصابع . قال : يقول لك أمير المؤمنين : لا تعتد في زيك » .

وذكر محقق الكتاب في الحاشية<sup>(٢)</sup> : « الطويلة : قلنسوة طويلة عالية ، وكان هذا النوع خاصاً بالأمراء والقضاة ، كما تدل على ذلك عبارة البيهقي في كتاب : المحاسن والمساوي . وفي كتاب التاج للجاحظ : كان الحجاج بن يوسف إذا وضع على رأسه طويلة ، لم يجترئ أحد من خلق الله أن يدخل وعلى رأسه مثلها » .

وفي خبر الحسن البصري ، وهو أسبق من أبي يوسف ( ٢١٠ - ١١٠ هـ ) ، قال وكيع<sup>(٣)</sup> : « رأيت الحسن ، وهو يقضي بين الناس في خلافة عمر بن عبد العزيز . . . وعليه عمامة سوداء ، يرسل ذوائبها من ورائه قريباً من شبر ، وقباله يمانى مصلب ، وردائه يمانى ممشق ، وهو يضفر لحيته : ويسده قضيب فوق الشبر ودون الزراع ، يتخصر به » .

وفي خبر شريح قال وكيع<sup>(٤)</sup> : « رأيت علي بن أبي أوفى وشريحاً على ذا برنس ، وعلى ذا ثوب من خز » .

وأما الماوردي فقد ذكر عن مجلس القضاة<sup>(٥)</sup> :

« فأما اللباس ، فبينني أن يختص بأنظفها ملبساً ، ويخص يوم نظره بأفخر لباسه جنساً ، ويستكمل ما جرت به العادة بلبسه ، من العمامة والطرلسان ، وأن يتميز بما جرت به عادة القضاة من : القلائس ، والعمائم السود ، والطيالسة السود . فقد أعتم رسول الله ﷺ ، يوم دخول مكة عام الفتح ، بعمامة سوداء ، تميز بها عن غيره . ويكون نظيف الجسد ، يأخذ شعره ، وتقليم ظفره ، وإزالة الرائحة المكروهة من بدنه . ويستعمل من الطيب ما يخفي لونه ، وتظهر رائحته ، إلا أن يكون يوم ينظر فيه بين النساء ، فلا يستعمل من الطيب ما نم » . وأما القلقشندي فقد ذكر في صحيح الأغشي

(١) أخبار القضاة ج ١ ص ٢٤٧ .

(٢) وكيع . أخبار القضاة ج ١ ص ٢٤٧ في الحاشية أسفل الصفحة .

(٣) أخبار القضاة ج ٢ ص ١٤ .

(٤) أخبار القضاة ج ٢ ص ٢١٧ .

(٥) أدب القاضي ج ٢ رقم ٢٤٣ ص ٢٤٢ و ٢٤٣ .



عن ملبوس القضاة<sup>(١)</sup> :

« ويختلف ذلك باختلاف مراتبهم : فالقضاة والعلماء منهم يلبسون العمام من الشاشات الكبار للغاية . . ومنهم من يجعل . . الطيلسان الفائق ، ويلبس فوق ثيابه دلفاً متسع الأكمام ، طويلها ، مفتوحاً فوق كتفيه بغير تفرج ، سابلًا على قدميه . ويتميز قضاة القضاة : الشافعي والحنفي ، بلبس طرحة تستر عمامته ، وتسدل على ظهره . . ومن دون هذه منهم تكون عمامته اللطف ، ويلبس بدل الدلف فرجية مفرجة من فدامه من أعلاها إلى أسفلها ، مززرة بالأزرار . . . وإن كان شتاء كان الفوقاني من ملبوسهم من الصوف الأبيض الملطي ، ولا يلبسون الملون إلا في بيوتهم . . . ويلبسون الخفاف من الأديم الطائفي بغير مهاميز » .

مركبه : وأما عن مركب القضاة ، فقد كانوا يركبون البغال الفارحة ، المزينة بالذهب والفضة أحياناً<sup>(٢)</sup> . فقد ذكر عن بعض القضاة أنه : كان مركبه بغلة مسرجة بلجام فضي مذهب .

وجهه في كتاب الولاة والقضاة للمكثدي<sup>(٣)</sup> ما يفيد أنه كان للقاضي موظف خاص يهتم ببغلة يدمى « الركابي » أي الذي يعينه على ركوب البغلة ويرافقه في تنقله ، وهو كسائق السيارة في زماننا .

(١٠) مشي القضاة :

ذكر البعض<sup>(٤)</sup> أن القاضي أبي الحسن نختار الرعيني ، وكان ذا وقار وسكون ، استدعي يوماً من قبل الملك عندما كان في مجلس حكمه ، فجاء القاضي يمشي مشية قاضٍ قليلاً قليلاً ، فاستعجله رسول الملك فلم يُعجل . فلما دخل على الملك قال له الحاجب : يا فقيه ، ما هذا البطء ؟ فتأخر القاضي إلى باب المجلس ، وطلب عصا ، وشمر ثيابه . فقال له الملك : ما هذا ؟ فقال القاضي : هذا يلقي باستعجال الحاجب لي . . . فضحك الملك زهرواً ولم يعد إلى استعجاله .

٣٢ - (ثامناً) - سيرة بعض أعلام القضاة المسلمين :

إن أعلام القضاة في الإسلام يعملون بالمشائخ إن لم نقل بالآلوف ، ولا مجال لحصرهم أو تعدادهم لكثرتهم . وقد وضع العلماء والمؤرخون ، الأقدمون والمحدثون ، عدداً من الكتب والمصنفات القيمة التي تتناول سيرة أولئك الأعلام وروائع مواقفهم

(١) جزء ٤ ص ٤١ ذكره الأستاذ طاهر القاسمي ص ٢٣٩ .

(٢) الأستاذ طاهر القاسمي : المرجع السابق ص ٢٣٨ .

(٣) ص ٦٠٢ .

(٤) الأستاذ طاهر القاسمي : المرجع السابق ص ٢٤١

العادلة . لذلك سنتنصر هنا على ذكر بعض أعلام القضاة ممن اعتبرهم البعض<sup>(١)</sup> أصحاب اجتهاد في الحق وفي القضاء .

#### (١) القاضي شريح<sup>(٢)</sup> :

نسبه ومولده : هو شريح بن الحارث ، بن قيس ابن جهم ، بن معاوية ، بن عامر ، بن الرائش ، بن الحرث ، بن معاوية ، بن ثور بن مرتع الكندي . ويرجع نسبه الى قبيلة كندة . فلذا عرف مختصراً باسم شريح بن الحارث الكندي ، كما عرف بكنيته أبي أمية .

وقد اختلف في تاريخ مولده ووفاته . ف قيل انه توفي بين سنة ٧٨ وسنة ٨٧ للهجرة ، أي سنة ٦٩٧ - ٧٠٥ للميلاد . وقد عمر طويلاً ، ف قيل انه عاش بين مائة سنة ومائة وعشرين . وكان شريح الكندي عالماً ، ومحدثاً ، وأديباً وشاعراً ، وفقهاً وقاضياً نزيهاً .

توليته القضاء : ولا ريب في أن أبرز صفات شريح كانت نزاهته وعدله في القضاء والفتيا . فكان ، بعبارة ابن خلكان : « أعلم الناس بالقضاء ، ذا فطنة وذكاء ، ومعرفة وعقل وإصابة »<sup>(٣)</sup> . وكان قاضي الكوفة زمن عمر وعثمان وعلي وزمن الخلافة الأموية ، وذلك مدة ٧٥ سنة ، لم يتعطل فيها إلا ثلاث سنين زمن فتنة ابن الزبير .

وقد ولي شريح القضاء في الكوفة بعد الصحابي عبد الله بن مسعود . وكان سبب استقضائه تحكيم لعمر بن الخطاب ، وخلاصتها : ان عمر سلّم رجلاً بفرس ، فركبه ليجره ويطوّعه ، فعطب الفرس ، وقال لصاحبه خذ فرسك . فرفض هذا ، فقال عمر : « اجعل بيني وبينك حكماً » . فتحاكما اليه ، ف قضى شريح بتضمين عمر ثمن الفرس ، قائلاً : « يا أمير المؤمنين ، خذ بما ابتعت ، أورد كما أخذته سليماً صحيحاً » . فأعجب عمر بحكمه ، وقال : « وهل القضاء إلا هذا ؟ » ، ثم بعثه قاضياً الى الكوفة<sup>(٤)</sup> .

وقد بقي شريح قاضياً في الكوفة أثناء خلافتي عمر وعثمان . ولما قدم الامام علي الكوفة ولّى قضاءها سعيد بن ثمران الهمداني . ثم عزله وولى مكانه عبيدة السلماني ،

(١) الدكتور صبحي محمدي : المجتهدون في الحق - والمجتهدون في القضاء .

(٢) أخذنا سيرة هذا القاضي من كتاب الدكتور صبحي محمدي : المجتهدون في القضاء ص ١٥ حتى ٢٤ واستعرضنا عباراته .

يراجع أيضاً : وكيع : أخبار القضاة ج ٢ ص ١٨٩ حتى ٣٩٨ ؛ والاستاذ حيدر الدين الزركلي : الاعلام ،

قاموس تراجم ، ط ٥ ، مجلد ٣ ص ١٦١

(٣) وفيات الأعيان ج ١ ص ٢٢٤ .

(٤) الدكتور صبحي محمدي : المجتهدون في القضاء ص ١٩ و ٢٠ ؛ وكيع : أخبار القضاة ج ٢ ص ١٨٩ و ١٩٥ .

ثم عزله وولى شريحاً . وشهد الامام له قائلاً : « إنك أفضى العرب أو من أفضى العرب » . وهذه شهادة خير تصدر عن أفضى الصحابة ، بشهادة النبي في قوله : « أقضاكم علي » .

وقد قعد شريح في بيته ، واحتنع عن القضاء زمن فتنة ابن الزبير . ولكن بعد قتل هذا الأخير ، أعيد شريح على القضاء في فترات متقطعة . ثم لما قدم عبد الملك الى الكوفة استقضى شريحاً . وكان هذا إذا خرج الى البصرة ، يستخلف مسروق بن الأجدع مكانه على قضاء الكوفة .

ثم في أيام الحجاج بن يوسف استعفى شريح من القضاء ، فأعفاه وعيّن مكانه آخر<sup>(١)</sup> .

مجلس قضائه : كان شريح يقضي في المجلس . ولم يُرو عنه أنه قضى في بيته ، إلا يوم عيد الفطر ، أو في يوم مطير . وكان يقول : « إذا رأيتموني أقضي في داري ، فأنكروا عقلي »<sup>(٢)</sup> .

وكان لباسه في مجلس القضاء برنساً من خز . وكان له خاتم ، نقش عليه أسد بين شجرتين ، وعبارة : « العلم خير من الظن السوء » .

وكان له جلواز ( شرطي ) ، اسمه ابراهيم ، كان يقف وراءه ، ويبيده سوط . وكان إذا أساء هذا استعماله ، أمر شريح بضربه .

وكان إذا جلس للقضاء ، ينادي منادٍ من جانبه : « يا معشر القوم ، اعلّموا أن المظلوم ينتظر النصر ، وإن الظالم ينتظر العقوبة . فتقدموا ، رحمكم الله » .

ثم يبدأ محاكماته ، فيسلم على الخصوم ، ويستمع اليهم وإلى بيّئاتهم . ثم بعد نهاية المحاكمات ، وإصدار الأحكام فيها يعرض عليه من القضايا ، كان شريح لا يقوم عن مجلسه ، حتى يتأكد من عدم متظلم بدون استماعه . فينادي : « هل من خصم ، أو مستثبت ، أو مستفي »<sup>(٣)</sup> .

عذله ونزاهته : كان تصرف شريح في مجلس القضاء دليلاً على حياده . وبعبارة ، قال : « ما شددت على عضد خصم ، ولا لقلت خضياً قط » .

(١) الدكتور صبحي محمادي : المجتهدون في القضاء ص ٧٠ ؛ وكيع : أخبار القضاة ج ٢ ص ١٩٥ و ٣٩٦ - ٣٩٨ و ٣٩٢ .

(٢) وكيع : أخبار القضاة ج ٢ ص ٢٢٥ و ٣١٦ .

(٣) الدكتور صبحي محمادي : المجتهدون في القضاء ص ٢١ و ٢٢ ؛ وكيع : أخبار القضاة ج ٢ ص ٢١٩ و ٢٥١ و ٢٨٣ و ٣٢٠ و ٣٩٢ و ٣٠٧ .

ومن نزاهته وصلابته في اتباع الحق أن ابنه تكفل برجل ، ففر المكفول . فتقدم المكفول له الى شريح ، فحكم بحبس ابنه ، إنفاذاً لكفالاته .

وروي عن جرأة شريح في قول الحق ، أنه تقدم الى قاض لمعاوية في الشام بطلب رجلاً بحق له ، فقال القاضي لشريح : أرى حقتك هذا قديماً - أي مر عليه الزمن - فقال شريح : الحق أقدم منك ومنه<sup>(١)</sup> .

وكان شريح نزيهاً ، لا يقبل الهدية من الخصوم . ولكنه كان يقبل الهدية من غيرهم ، ويثبت عليها بأن يرد معها شيئاً . وهذا موافق لعمل النبي ، لما فيه من التواصل بين الناس ، وموافق لحديثه الشريف : « تعادوا تحابوا » .

وقد اشتهر شريح بحياده السياسي ، وعدم انغماسه في تمزيقاتها ومنازعاتها . وهذا من الصفات الأساسية ، التي ينبغي للقاضي أن يتحل بها في كل زمان ومكان . ففي الفتنة التي كانت على عهد ابن الزبير . لبث هذا القاضي تسع سنين : « لا يُخبر ولا يستخبر » . وكان يقول : « ما سألت فيها ، ولا أُخبرت »<sup>(٢)</sup> .

وقد اتصف شريح كذلك بتواضع العلماء . فكان الى علو كعبه في الفقه ، وإلى وجاهته في القضاء ، يقر بجواز وقوعه في الخطأ . فقد روي عنه أن رجلاً ، كان قد حكم عليه ، التفاه وعاتبه على حكمه . فقال له : « لئن رأيت أني لأخطئ ، لبس ما رأيت » . وكذلك كان يعتبر أن نصف الناس عليه غضاب ، فيقول : « من قضيت عليه فهو غضبان »<sup>(٣)</sup> ، وذلك مصداقاً لقول الشاعر :

« ان نصف الناس أعداء لمن ولى الأحكام هذا ان عدل »

(٢) القاضي ابن شبرمة<sup>(٤)</sup> :

نسبه ومولده : هو عبد الله بن شبرمة الضبي ، ينتسب الى عمر بن شبرمة بن الطفيل بن حسان من بني ضبة .

وهو من أهالي الكوفة . توفي سنة ١٤٤ هجرية ( ٧٦١ ميلادية ) وهو ابن ست وثمانين سنة . وكان ابن شبرمة ورعاً ، ومشهوراً بحسن الخلق . فقد قيل له مرة أن يرتفع في المجلس الى الصدر ، فقال : « حيث قعدت فأنا صدر »<sup>(٥)</sup> . وهو قول يوافق السنة النبوية الفعلية ، إذ روي عن النبي أنه كان يجلس حيث انتهى به المجلس .

(١) الدكتور صبحي محصالي . المجتهدون في القضاء ص ٢٢ ؛ وكيع : أخبار القضاة ج ٢ ص ٣٠٨ و ٢٢٢

(٢) الدكتور صبحي محصالي : ذات المرجع ص ٢٣ .

(٣) وكيع : أخبار القضاة ج ٢ ص ٢١٢ و ٢٤١ ؛ الدكتور صبحي محصالي . المجتهدون في القضاء ص ٢٤

(٤) الدكتور صبحي محصالي : المجتهدون في القضاء ص ٢٥ وما بعدها ؛ وكيع : أخبار القضاة ج ٣ ص ٣٦ حتى ١٢٩ .

(٥) وكيع . أخبار القضاة ج ٣ ص ١١٩

وكان نزيهاً ، كريماً ، جواداً . وروي أنه لم يترك عند وفاته ، إلا متاعاً يبع بسبعة عشر درهماً . وكان ابن شبرمة من علماء عصره . فكان شاعراً ، ومحدثاً ، وقاضياً ، وفقهياً<sup>(١)</sup> .

توليته القضاء : تولى ابن شبرمة قضاء الكوفة أيام أبي جعفر المنصور العباسي . فقد استعمله يوسف بن عمر الثقفي على القضاء . ثم بعثه الى سجستان ، وولى ابن أبي ليلى مكانه . ولما قدم من سجستان ولأه عيسى بن موسى ولاية المظالم في الكوفة .

وعرض عليه ابن هبيرة ، ثم عيسى بن موسى ، أن يلي منصب صاحب الشرطة في الكوفة . فإبى ، رغم إلحاحهما .

عدله وقضاؤه : كان ابن شبرمة عالماً بأقضية السلف . فقد روى كثيراً عن القاضي شريح ، وعن الشعبي . وتأثر بتلك الأقضية في أحكامه القضائية .

وقد اشتهر بالنزاهة في قضائه . ويذكر عنه صديقه مغيرة أنه لما ولي القضاء ، قال له : « لا تكلمني في شيء من أمر القضاء » . وهذا دليل تورعه عن قبول الشفاعات ، أو التأثير بمدخله الأصدقاء .

وقد روي عنه كذلك أنه كان مستقلاً في قضائه ، جريئاً في أحكامه . فقد قضى مرة على أحد القواد ، وقال له : « إياك والله ، لئن هربت ، لأبتعنك القضاء » . وقال لحصمه : « خذ منه كفيلاً أو وكيلاً » .

والقضاة المسلمون لا يفرقون في العدالة بين مسلم وغير مسلم . فقد روي عن ابن شبرمة أنه كان يختصم اليه النصارى في الخمر ، فيحكم بينهم ، على الرغم من تحريم الخمر عند المسلمين . وهذا موافق للآية الكريمة : « فإن جاؤوك فاحكم بينهم . . . وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط إن الله يحب المقسطين » .

وقد روي عن ابن شبرمة ، إذا حضر المدعى عليه جلسة المحاكمة ثم تغيب ، روي قوله : « أحكم على الغائب كما أحكم على الحاضر » . « ومن سمعت حجته مرة ، ثم هرب ، اتبعته القضاء »<sup>(٢)</sup> . وهذا يقابل في زماننا المحاكمة الغيابية والغيابية بمثابة الوجيه .

اجتهاده : اجتهد القاضي ضروري ومطلوب في القضاء . وقد سئل ابن شبرمة عن القاضي يرى الشيء ، فيستشير فيه عشرة من العلماء فأجاب : « يقضي برأيه فيخطيء أعدل له عند الله من أن يخطيء برأيهم » . وبعبارة أخرى ، إن على القاضي أن يقتنع هو باجتهاده أولاً ، فيكون رأيه ثم يحكم وفقاً لقناعته .

(١) الدكتور صبحي محمدي . ذات المرحص ص ٢٥ و ٢٦ .

(٢) الدكتور صبحي محمدي . المجتهدون في القضاء ص ٢٧ و ٣٧ و ٣٩ و ٤٦ .

وروي عنه أيضاً تمسكه بالقرآن والسنة ، ثم قوله بالاجتهاد بطريق القياس . فقد نظم ذلك في الأبيات الآتية :

ما في القضاء شفاعاة لمخاصم      عند اللبيب ولا الفقيه الحاكم  
أهون علي ما قد قضيت بسنة      أو بالكتاب برغم أنف الراغم  
وقضيت فيما لم أجد أثراً به      بنظائر معروفة ومعالم  
وقال أيضاً :

أقضي بما فيه كتاب الله مفترضاً      وبالنظائر أقضي والمقاييس<sup>(١)</sup>  
(٣) القاضي ابن أبي ليلى (٢) :

نسبه ومولده : هو محمد بن الرحمن بن أبي ليلى . وأبو ليلى هو أبو عيسى ، يسار  
ابن بلال بن أحيحة الجلاح الأنصاري الكوفي . ويرجع أصل نسب أسرته الى اليمن وإلى  
جماعة أنصار النبي .

ولد ابن أبي ليلى سنة ٧٤ هجرية ( ٦٩٣ ميلادية ) ، واختلف في تاريخ وفاته .  
والأرجح أنه توفي سنة ١٤٨ هجرية ( ٧٦٥ ميلادية ) .

وقد عاصر ابن أبي ليلى الإمامين أبا حنيفة وابن شبرمة . وكان له معها مجامع  
ومخاصصات<sup>(٢)</sup> . وكان من علماء عصره ، ومن فقهاء أهل الرأي . ولكنه كان بديهاً  
الثقة في رواية الحديث ، وذلك بسبب سوء حفظه وضعف ذاكرته .

توليته القضاء : ولي ابن أبي ليلى القضاء في الخلافتين الأموية والعباسية ، مدة  
ثلاث وثلاثين سنة .

فأول ولايته كانت على قضاء الكوفة ، في خلافة الوليد بن يزيد الأموي ، في زمن  
يوسف بن عمر الثقفي . فقد دعاه هذا الأخير ، وسأله : « ما رأيك في القضاء ؟ » ،  
فأجابته : « أعمل برأيي » . فقال الثقفي : « قد وليتك قضاء الكوفة ، وأجريت عليك  
مائتي درهم . واقعد بالغداة والعشي ، إلا أن يستغنوا . وقال له : « إنما أنت أجير  
المسلمين » .

ثم ولي ابن أبي ليلى قضاء البصرة ، في خلافة أبي جعفر المنصور العباسي . وبقي  
في هذا المنصب حتى وفاته<sup>(٤)</sup> .

(١) وكيع : أخبار القضاة ج ٣ ص ٨٦ و ٩٦ - ٩٧ و ٩٢

(٢) الدكتور صبيح محمدي : المجتهدون في القضاء ص ٣٠ حتى ٣٢ ، وكيع : أخبار القضاة ج ٣ ص ١٢٩  
حتى ١٤٨ ، الزركلي : الأعلام جلد ٦ ص ١٨٩ .

(٣) وكان سيء الخلق ، لا يخرج الى مجلس الحكم حتى يتنقذ ويشرب ثلاثة أقداح من النبيذ ( محمدي : ذات  
المرجع ص ٣١ ، وكيع : أخبار القضاة ج ٣ ص ١٣٤ ) .

(٤) الدكتور صبيح محمدي : المجتهدون في القضاء ص ٣٢ .

اجتهاده في القضاء : من المبادئ الشرعية انه إذا حكم قاض في قضية ما ، فليس لمن يأتي بعده أن ينقض حكمه ، عملاً بما يسمى اليوم بقوة القضية المحكوم بها . ولذا ، إذا ادعى أحد الخصوم أنه قد سبقت رؤية الدعوى وحكم فيها ، امتنع القاضي عن تكرار سماع ذات الدعوى . وقد اشترط ابن أبي ليلى ثبوت ذلك ، إما بالحجة المدونة في ديوان القاضي والمكتوبة بخطه وتحت ختمه ، وإما بشهادة شاهدين على ذلك<sup>(١)</sup> .

ومن المعروف اليوم في القوانين الحديثة أن القاضي لا يقضي بعلمه مطلقاً ، لا فيما علمه قبل توليه القضاء ولا بعدها ، لا في القضايا الجزائية ولا في غيرها . وهذه القاعدة كان يأخذ بها منذ القديم القاضي ابن أبي ليلى ، فقد روي عنه قوله ان القاضي لا يحكم بعلمه في شيء أصلاً : « لأن انتفاء التهمة شرط في القضاء »<sup>(٢)</sup> .

وكذلك عرف ابن أبي ليلى قاعدة « مؤاخذه المرء بإقراره » وعدم جواز الرجوع عن الاقرار . لذلك لم يقبل الرجوع عن الاقرار حتى في قضايا الحدود الجزائية ، ولكنه اشترط أن يحصل الاقرار بحضور الحاكم . وذلك خلافاً للإمام أبي حنيفة ، الذي جوز قبول البينة على الإقرار خارج مجلس القضاء .

واشترط أن يكون الإقرار صريحاً وكاملاً<sup>(٣)</sup> ، (٤) هو معروف اليوم في المبادئ الأساسية للمحاكمات .

وفي خصوص التحقق من صدق الشاهد ، روي عنه أنه كان يسأل عن الشاهد حتى يعرف عدله ولو لم يطعن الخصم فيه ، وكان يحلف الشاهد على صدق شهادته<sup>(٥)</sup> .

وفي خصوص العمل بكتاب القاضي الى القاضي - أما ما يسمى اليوم بالامتنابة القضائية - فقد عمل ابن أبي ليلى بذلك ، فكان يدقق في نقش الخاتم على الكتاب . فإذا اقتنع بصحته ، أمضاه دون بينة . فقد ذكر وكيع<sup>(٦)</sup> عن هشيم قوله : أنبت ابن أبي ليلى بكتاب من أبي شبيب في حق كان بالشام لنا . فقبل الكتاب مني . ولم يسألني البينة . وكتب لي بحقنا ذلك الى الشام .

#### (٤) قاضي القضاة أبو يوسف :

نسبه ومولده وسيرته : أبو يوسف هو يعقوب بن ابراهيم بن حبيب بن سعد

(١) الدكتور صبحي محمدي : ذات المرجع ص ٤٤ .

(٢) الدكتور صبحي محمدي : المجتهدون في القضاء ص ٤٥ .

(٣) الدكتور صبحي محمدي : ذات المرجع ص ٤٧ و ٤٨ .

(٤) الدكتور صبحي محمدي : ذات المرجع ص ٦١ و ٦٢ .

(٥) أخبار القضاة ج ٣ ص ١٣٣ .

(٦) وكيع : اخبار القضاة ج ٣ ص ٢٥٤ حتى ٢٦٤ ؛ الدكتور صبحي محمدي : المجتهدون في الحق ص ٧٦ .

حتى ١٠٠ ؛ الأستاذ طاهر القاسمي : المرجع السابق ص ٣١٦ حتى ٣٢٦ ؛ الأستاذ خير الدين الزركلي .

الاعلام مجلد ٨ ص ١٩٣ .

الأنصاري ، من أهل الكوفة . ولد سنة ١١٣ هجرية ( ٧٣١ ميلادية ) ، وتوفي سنة ١٨٢ هجرية ( ٧٩٨ ميلادية ) .

وكان عالماً كبيراً ، مجاهداً في العلم منذ طفولته ، شغوفاً به وداعياً له . فقد روي عنه أنه قال :

« العلم شيء لا يعطيك بعضه حتى تعطيه كلك »

وكان فقيهاً حافظاً ، ومن أكثر أهل العراق اتباعاً للحديث . جالس منذ صرّه الامام الأعظم أبا حنيفة ، وجالس القاضي ابن أبي ليلى ، وقال فيها : « ما كان في الدنيا أحب إليّ من مجلس أجلسه مع أبي حنيفة ، وابن أبي ليلى ، فإنّي ما رأيت فقيهاً أفقه من أبي حنيفة ، ولا قاضياً خيراً من ابن أبي ليلى » .

وفي الواقع تأثر أبو يوسف بفقّه أبي حنيفة كثيراً ، ولازمه وشاركه في تدقيق المسائل وتدوين المذهب ونشره . وخالفه أحياناً في المسألة بعد المسألة من مسائل الأصول والفروع . حتى عدّه البعض مجتهداً مطلقاً . ولكن أبا يوسف حافظ على انتسابه لأبي حنيفة اعترافاً بجميله . وروي عن البعض قوله : « لولا أبو يوسف ما ذكر أبو حنيفة ولا ابن أبي ليلى ، ولكنه هو نشر قولها واث علمها » . وقيل عنه إنه كان يحضر المحدث ويحفظ خمس وستين حديثاً ، ثم يقوم فيملئها على الناس .

وقيل عن أبي يوسف أيضاً : « انه أفقه أهل عصره ، ولم يتقدمه أحد في زمانه ، وكان النهاية في العلم ، والحكم ، والرياسة ، والقدر . وهو أول من وضع الكتب في أصول الفقه على مذهب أبي حنيفة ، وأمل المسائل ونشرها ، واث علم أبي حنيفة في أقطار الأرض »<sup>(١)</sup> .

وروي عن أبي يوسف<sup>(٢)</sup> قوله : « يا قوم ، أريدوا بفعلكم الله ، فإنّي لم أجلس مجلساً قط أنوي فيه أن أتواضع ، إلّا لم أقم حتى أعلوهم . ولم أجلس مجلساً قط أنوي أن أعلوهم ، إلّا لم أقم حتى أفتضح » .

توليته القضاء : تولى أبو يوسف القضاء سنة ١٦٦ هجرية ( ٧٨٢ ميلادية ) ، وكان له من العمر ثلاث وخمسون سنة ، أي بعد أن بلغ سن النضج الكامل . وكان قد سكن في بغداد ، وتولى القضاء بها لثلاثة من الخلفاء ، وهم المهدي وابنه الهادي ثم هارون الرشيد .

ولم ينفر أبو يوسف من القضاء ، كما نفر منه أبو حنيفة ، ولكن روي عنه قوله قبيل وفاته : « يا ليتني مت على ما كنت عليه من الفقر وأنّي لم أدخل في القضاء ، على أيّ ما

(١) ابن خلكان : وفيات الأعيان ج ٢ ص ٤٠٠ و ٤٠١ .

(٢) وكيع : إخبار القضاة ج ٣ ص ٣١٧ .



تعمدت بحمد الله ونعمته جروراً ولا حاييت خصياً على خصم من سلطان أو سوقة .  
وروي عنه أنه قال : « اللهم إنك تعلم أنني لم أجز في حكم حكمت به بين عبادك  
متعمداً ، ولقد اجتهدت في الحكم بما يوافق كتابك وسنة نبيك . وكل ما أشكل عليّ  
جعلت أبا حنيفة بيني وبينك ، وكان عندي والله ممن يعرف أمرك ولا يخرج عن الحق وهو  
يعلمه » (١) .

عدله وقضاؤه وهيبته :

وعلى الرغم من تأثر أبي يوسف بفقهاء أبي حنيفة ، فإنه أخذ كذلك بعض أساليب  
فن القضاء ونهجه عن القاضي ابن أبي ليلى ، الذي أخذها بدوره عن الإمام علي بن أبي  
طالب وعن القاضي شريح . وكان بوجه خاص يعتمد على قضاء الإمام علي ، لا سيما  
في مسائل الفرائض ، لقول النبي ﷺ : « أقضاكم علي » .

ويعتبر أبو يوسف من أفذاذ القضاة في الاسلام ، وهو أول من دعي بقاضي  
القضاء وأول من خص العلماء بما هم عليه من لباس خاص فاشتهر في القضاء (٢) .

وفي سيرة أبي يوسف الكثير من روائع المواقف ، لما كان عليه القضاة في الاسلام  
من استقلال في الرأي .

فقد حفظ أبو يوسف لمنصب قاضي القضاة هيبته . فكان يبلغ دار الخلافة راكباً  
بغلته ، فيُرْفَع له البستر فيدخل على الخليفة وهو راكب ويبدأ الخليفة بالسلام (٣) .

ومن أمثلة عدله واستقلاله في القضاء انه وعلى الرغم من أن الرشيد كان  
يكرمه ، ويحمله ، وله حظوة عنده ، فإن أبا يوسف رد شهادة بعض قواد الخليفة الرشيد  
ولم يقبلها ، فسأله الرشيد في ذلك ، فأجابه أبو يوسف : أنني سمعته يقول أنا عبد  
الخليفة ، فإن كان صادقا فلا شهادة لعبد ، وإن كان كاذبا فشهادته مردودة أيضاً  
لكذبه . وبالف الخليفة في الجدل فقال له وما شأني أنا كشاهد ، أتقبل شهادتي ؟ فقال أبو  
يوسف لا ، فعجب الخليفة وسأل عن السبب ، فقال لأنك تكبر على الخلق ولا تحضر  
صلاة الجمعة مع المسلمين ، وهذا يناقض العدالة التي هي شرط لقبول الشهادة . عندها  
بنى الرشيد مسجداً في داره وأذن للناس في الصلاة فيه فحضر بذلك صلاة الجمعة .

وتدليلاً على جرائته وعدالته في مجلس القضاء ، فقد روي أبو يوسف عن نفسه أنه  
جاءه رجل يدعي على الخليفة أنه له بستانان في يد الخليفة ، فاحضر الخليفة الى مجلس  
القضاء ، وطلب من المدعي البينة على دعواه ، فقال : غصبه المهدي مني ولا بينة لدي  
وإنحلف الخليفة . فقال الخليفة البستانان لي اشتراه لي المهدي ولم أجد به عقداً ، فوجه

(١) الدكتور صبحي محمضاني : المجتهدون في الحق ص ٧٨ - ٧٩ .

(٢) الدكتور صبحي محمضاني : المجتهدون في الحق ص ٧٧ .

(٣) الأستاذ علي منصور : المرجع السابق ص ٣٢٧ .

القاضي أبو يوسف الى الخليفة اليميني ثلاث مرات ، فلما لم يتَّخلف قضي بالبستان للرجل المدعي<sup>(١)</sup> .

وقد كان أبو يوسف مصرأً على قول الحق لا يخشى في الله لومة لائم . فقد طلب منه الخليفة هارون الرشيد أن « يضع كتاباً في حياية الخراج والصدقات والجزية وسائر أمور الدولة المالية والضرائب ، وغير ذلك مما يجب النظر فيه والعمل به » فقال لأبي يوسف : علمني ، وأرشدني ، وإهديني سواء السبيل لأرفع الظلم عن الرعية ، ولأحقق الصلاح لأمرهم » فوضع له كتاباً سماه كتاب الخراج<sup>(٢)</sup> لم يكتب أبو يوسف فيه بلذكر الغنائم ، والفيء ، والخراج ، وغير ذلك من الأمور المالية والضريبية ، وإنما تعداها إلى : أهل الدعارة والتصلص والجنايات وما يجب فيه الحدود ، وحكم المرتد عن الاسلام ، وحكم المحاربين والجواسيس مما يدخل اليوم في أحكام قانون العقوبات والقانون الدولي وقواعد الحرب والسلم . فرسم هذا الكتاب السياسة الداخلية والخارجية للدولة الاسلامية .

ففي هذا الكتاب يخاطب أبو يوسف الخليفة الذي ولّاه والذي كان يكرمه ويمجّه ، وكان من أعظم ملوك الأرض ، فيقول له فيما قاله :

فيا فيه ترغيب وترهيب : « إن الله قلّدك أمراً عظيماً : ثوابه أعظم الثواب ، وعقابه أشد العقاب » ، ثم يذكره بأن الله ابتلاه بخلق كثير وولّاه أمرهم ، فيقول : « وليس يلبث البنيان إذا أسس على غير التقوى ، أن يأتيه الله من القواعد فيهدمه على من بناه » .

وفي شأن العمل والاصلاح ، فقال له : « لا تؤخر عمل اليوم الى غد ... وليس شيء أحب الى الله من الاصلاح ، ولا أبغض اليه من الفساد » .

وفي شأن المساواة والتقوى ، قال له : « واجعل الناس عندك في أمر الله سواء ، القريب والبعيد . ولا تخف في الله لومة لائم ، واحذر فإن الخوف بالقلب وليس باللسان . واتق الله فإنما التقوى بالتقوى ، ومن يتق الله يقيّه » .

وفي شأن العدل وواجبات ولاية الأمر ، فقد أكثر النصيح ، وحذّر من الجور ، وذكّر بالمسؤولية ، حيث قال : « إن الرعاة مؤدّون الى ربهم ما يؤدي الراعي الى ربه ، فأقم الحق فيما ولّاك الله وقلّدك ، ولو ساعة من نهار . وجور الراعي هلاك للرعية ، واستعانتها بغير أهل الثقة والخير هلاك للعامة ... ويجزي الله كل نفس بما كسبت ، إن الله سريع الحساب » .

(١) الأستاذ علي منصور : المرجع السابق ص ٣٢٧ .

(٢) انظر في نص هذا الكتاب وشرحه : الأستاذ ظاهر القاسمي ، للمرجع السابق ص ٣١٧ حتى ٣٢٢ ، والدكتور صبحي عمصاتي : المجتهدون في الحق ص ٨٢ حتى ٨٥ .

وفي شأن المحافظة على حقوق الرعية ، قال : « ليس للامام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت معروف »<sup>(١)</sup> .

وفي شأن التحقق من سيرة الجبابة وعدالة جبايتهم ، يقترح عليه : « أنا أرى أن تبعث قوماً من أهل الصلاح والعفاف ممن يوثق بدينه وأمانته ، يسألون عن سيرة العمال وما عملوا به في البلاد ، وكيف جباوا الخراج على ما أمروا به وعلى ما وظف على أهل الخراج واستقر . فإذا ثبت ذلك عندك وصح ، أخذوا بما استفضلوا من ذلك أشد الأخذ ، حتى يؤديه بعد العقوبة الموجعة والنكال . . . » .

ثم بجمعائه ، أشار أبو يوسف على هارون الرشيد بوجوب أمر القضاة أن يضعوا في بيت مال المسلمين ما يقع في أيديهم من مال الغرباء وليس لذلك طالب ولا وارث ، أو ما وجد مع اللصوص مما ليس له طالب ولا مدع . وهذا كله حرص على مال الرعية ومال الدولة جميعاً<sup>(٢)</sup> .

ولا يجد حرجاً في أن يقول للرشيد : « وقد كتبت لك ما أمرت به فتفقهه ، وتدبره ، وردّد قراءته حتى تحفظه . . . » . وأني لأرجو أن يوفر الله خراجك من غير ظلم مسلم ولا معاهد ، ويصلح لك رعيتك ، فإن صلاحهم بإقامة الحدود عليهم ورفع الظلم عنهم والتظلم فيها أشبه من الحقوق عليهم . . . » .

كذلك كان أسلوب أبي يوسف ، قاضي الفضاة ، في مخاطبة الخليفة الرشيد : لم يترك باباً من أبواب التهريب والتحذير إلا وفتحه على مصراعيه ، وبصّر خليفته في عواقبه . وقد قيل إن الخليفة رحب بكل ما جاء في الكتاب ، ولم يزد الكتاب أباً يوسف إلا رفعة وعلو مقاماً عند أمير المؤمنين<sup>(٣)</sup> .

(٥) أفضى القضاة أبو الحسن الماوردي<sup>(٤)</sup> :

نسبه ومولده ومسيرته : هو أبو الحسن ، علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي . والماوردي نسبة إلى بيع الماورد ( ماء الورد ) الذي كان أبوه يعمل به ويبيعه .

ولد في البصرة سنة ٣٦٤ هجرية ( ٩٧٤ ميلادية ) ، وعاش ست وثمانون سنة وتوفي سنة ٤٥٠ هجرية ( ١٠٥٨ ميلادية ) .

وقد رافق عصر الماوردي اضطراب سياسي ، تجلّى بضعف الخلافة ينتيجة

---

(١) روي عن عمر بن عبد العزيز كيف عرض رجلاً من إفساد زرع سبب مرور الجيش عليه ( الدكتور صبيح عمصاني ، المجتهدون في الحق ص ٨٣ ) .

(٢) الدكتور صبيح عمصاني : ذات المرجع ص ٨٤

(٣) الأستاذ طاهر القاسمي : المرجع السابق ص ٣٧٦

(٤) مقدمة كتاب أدب القاضي ، المرجع السابق ، ج ١ ص ١٤ حتى ٨٢ ؛ الدكتور صبيح عمصاني

المجتهدون في الحق ص ١٠٦ حتى ١٥٩ ؛ الأستاذ الزركلي : الاعلام جلد ٤ ص ٣٢٧

استيلاء البويهيين على الحكم في بغداد، وآل حمدان في حلب ودمشق، والفاطمين في مصر. وعلى الرغم من ذلك، فقد حظلت هذه الفترة بحركة علمية واسعة شملت العلوم المختلفة كالرياضيات والجغرافيا والفلك والطب والصيدلة والجراحة، والفيزياء والكيمياء، والفلسفة والكلام، والفقه، والتفسير، واللغة والأدب، فانتمت آثار هذه الخصوبة الفكرية في نفس الماوردي.

وقد عاش الماوردي حياة مثيرة، كان من خلالها من أعلام الفقه والقضاء والسفارة والتدريس. وكانت شخصيته متعددة الجوانب في آن واحد: فهو سياسي، وهو قاض، وهو فقيه، وهو أصولي، ومتكلم، وهو مفسر، وهو محدث، وهو مرب، وهو لغوي، ونحوي، وهو أديب وشاعر...

توليت القضاء ولقبه وفتواه للخليفة: لمنزلة الماوردي العلمية والاجتماعية ولي القضاء ببلدان كثيرة. فتولى رئاسة القضاء في كورة «أستوا» من نواحي نيسابور. وقد لقب سنة ٤٢٩ هـ بحجة بلقب «أقضى القضاة»، واستمر له هذا اللقب حتى وفاته. وهو لقب، وإن كان لغوياً اقترن بأفعل التفضيل، لكنه في الاصطلاح اعتبر أدنى منزلة من لقب قاضي القضاة<sup>(١)</sup>.

وقد أنكر عليه هذه التسمية بعض الفقهاء كالصيمري وأبي الطيب الطبري، على حين أنهم أجازوا بنفس السنة تليق بالخليفة جلال الدولة البويهي بشاهنشاه، أي ملك الملوك، اعتباراً بأن معناه ملك ملوك الأرض. أما الماوردي، فقد أفتى بعدم جواز التلقب بملك الملوك لاختصاص هذا اللقب بالله وحده، لأنه لا يقال ملك الملوك إلا لله وحده.

وكان الماوردي وقت الفتوى من أخص الناس بالخليفة، وكان يتردد إلى دار المملكة كل يوم، فلما أفتى بالمنع انقطع ولزم بيته. فاستدعاه الخليفة جلال الدولة، فحضر خائفاً فأدخله وحده، وقال له: «قد علم كل أحد أنك من أكثر الفقهاء مالاً، وجاهاً، وقرباً منا، وقد خالفتم فيها خالف هواي، ولم تفعل ذلك إلا لعدم المحابة منك واتباع الحق. وقد بان لي موضعك من الدين ومكانك من العلم».

وفي رواية أخرى: «أنا أتحقق أنك لو حابيت أحداً لحابيتي لما بيني وبينك، وما حملك إلا الدين فزاد بذلك محلك عندي، وجعلت جزاء ذلك أكرامك بأن أدخلتك إلي وحدي، وجعلت إذن الحاضرين اليك ليتحققوا عودي إلى ما تحب»<sup>(٢)</sup>.

ويقول البعض<sup>(٣)</sup> انه لو قسنا اجتهاد الماوردي بخصوص لقب ملك الملوك إلى

(١) مقدمة كتاب أدب الماضي ج ١ ص ٢٨ - ٣٩؛ الدكتور محمدي: المحدثون في الحق ص ١٠٧.

(٢) أدب القاضي ج ١ ص ٤١

(٣) الدكتور صبيح محمدي. ذات المرجع ص ١٠٧

تلقية هو بأقضى القضاة ، لوجب القول بمنعه أيضاً ، لقوله تعالى : « اليس الله بأحكم الحاكمين » . ومعلوم أن أحكم الحاكمين هو أقضى القاضين ، بعبارة كثرة المفسرين .

كتابه الأحكام السلطانية وأدب القاضي :

كتاب الأحكام السلطانية : وهو الكتاب الذي اشتهر به الماوردي بين المؤرخين المحدثين والمستشرقين ، لأنه تناول مواضع من الأهمية بحيث لم يكتب أحد من مؤرخي الحضارة الإسلامية إلا وتعرض لكتابه هذا ونقل عنه . وهو يبحث في الفتانون العام الإسلامي ، من نواحيه الدستورية والإدارية والمالية . وموضوعاته تتعلق بالخلافة أو الإمامة الكبرى ، وتقليد الوزارة والإمارة على البلاد ، وولاية القضاء والمظالم وأمور الحسبة وكذلك يبحث في بعض أحكام القانون الدولي ، كالإمارة على الجهاد ، وتدابير الحرب وترتيب الجيوش ، ومعاملة العدو ، ومسائل أهل الذمة ، والجزية والخراج ، وقسمة الغنائم<sup>(١)</sup> .

كتاب أدب القاضي : وهو عبارة عن جزئين من كتاب الماوردي « الحاروي الكبير » في الفقه الشافعي . وقد حققه مؤخرًا الاستاذ محيي هلال السرخان ، وطبع في بغداد في جزئين كبيرين سنة ١٩٧١ و ١٩٧٢<sup>(٢)</sup> .

وكتاب أدب القاضي يبحث ، الى جانب مسائل القضاء والقضاة والمحاكمات ، في بعض أصول الفقه .

وتجلى أهمية كتاب أدب القاضي للماوردي في ثلاث أمور رئيسية<sup>(٣)</sup> :

أولها : دوره في بناء الفقه القضائي والفقه الشافعي بوجه عام : ١ - فقد دَوَّن الفقه الشافعي ونقله الى الأجيال اللاحقة فحفظ لنا آراء كثير من الفقهاء الذين سبقوه وضاعت كتبهم . كما أنه سجل وثائقي يضم عدد لا يستهان به من الأحاديث والسيرة النبوية وأقوال كثير من الصحابة والتابعين وحوادث استقامها عن طريق الرواية كما يوجد فيه كثير من الآيات الشرعية استشهد بها لأغراض لغوية أو معنوية . ٢ - تعليقه للأحكام وبيان أدلتها : إذ يلمس الأدلة العقلية والعقلية والتعليل . ٣ - ترجيحه بين الأقوال والمذاهب . ٤ - اجتهاده في الفروع .

ثانيها : أهمية الكتاب في ذاته : إنه أوسع كتاب في الفقه الشافعي في التفصيل والتفريع . فضلاً عن نفاسة الكتاب وكونه تأليف قاض مجتهد من أئمة الشافعية اشتهر اسمه بشريعاته التي هي محل ثقة الفقهاء ، ثم لكونه احتوى فصلاً بديعاً قيماً في أصول الفقه ، إضافة الى كونه مجوي علوماً متعلقة بالتاريخ والحديث والرواية والاجتماع

(١) الدكتور صبيح محمصاني : المحتشمون في الحق ص ١١١ - ١١٢ .

(٢) وطبع على مطابع الارشاد - بغداد .

(٣) مقدمة كتاب أدب القاضي ص ٦٧ حتى ٧٩

والأدب ، وغير ذلك

ثالثها : تصويره لحالة القضاء في القرن الخامس الهجري : فكتاب أدب القاضي للماوردي يصور لنا حالة القضاء وتطوره وتشكيلاته الادارية وطرق السير في الدعوى والاحتياطات المأخوذة لديهم .

فبعد أن كانت حالة القضاء في عهد الرسول وعهد خلفائه تميل الى البساطة أصبح يختلف كثيراً عما كان ، وذلك بصورة تدريجية .

فنرى أنه قد أصبح للقضاة من يدير شؤونهم باسم قاضي القضاة ، وأن هناك نوعين من القضاة أو النظر - كما يسميه الماوردي - قضاء عام وله ولاية مشتملة على جميع ما يختص بنظر القضاة من تثبيت الحقوق عند التناكر و«ستيفائها» ، والنظر في العقود من المناكح والبيع ، والولاية على الأيامي وذوي الحجر ، والحكم بنفقات الأقارب والزوجات ، والنظر في الوقوف والوصايا ، والنظر في الجرح والتعديل ، وإقامة الحدود ، وإمامة الجمع والأعياد . .

وقضاء خاص كان يفرد النظر في المدائن دون المناكح ، والحكم بالإقرار من غير سماع بينة ، أو في نصاب مقدر من المال ، حتى كان هناك قاض يسمى قاضي المسجد يحكم في مائتي درهم وعشرين ديناراً فما دونها ، أي تحديد سلطة القاضي .

ثم انفصلت ولاية المظالم وولاية الحسبة عن القضاء ، وهناك من يقوم بها ، بل كان هناك من يقوم باستيفاء ما يتعلق بحدود الله وسمّاهم «ولاة المعاين» الذين يعملون بأمر القاضي .

كما أن للقاضي من المحاضر والسجلات التي تقيد فيها صور الدعاوى والأحكام في ديوان القاضي ، ولهم فيها رسوم وتعليمات ، يعتبر الخروج عليها مظنة للشبهة والتهمة .

وكان للقاضي مبلغ بين يديه ، وكاتب ، وقاسم ، وسجّان ، وحاجب ، وشهود معينون وقد أنكر الماوردي ذلك ، وأن له مكاناً خاصاً بارزاً غير المسجد لكرامة القضاء فيه ، وأن له من الملبس ما يتميز به .

ثم إن القضاء تحول تدريجياً من عمل يقوم به الناس حسبة ابتغاء الأجر والثواب الى منصب ووظيفة يتهالك الناس عليها . . . وأنه أصبح ذا رزق وفير ولذلك تنافس الناس عليه ، مما جعل الماوردي يعقد بحثاً طويلاً عن أرزاق القضاة . .

ومن الاجتهادات التي قررها الماوردي في القضاء : ذكر الآتي (١) :

١ - إن للقاضي أن يحكم على عدوه بخلاف الشهادة عليه ، لأن أسباب الحكم

(١) مقدمة كتاب أدب القاضي ج ١ ص ٧٩ حتى ٨٢ .

ظاهرة وأسباب العداوة خافية .

٢ - إذا خلا بلد عن قاض ونحلا العصر عن إمام ، فقلد أهل الاختيار أو بعضهم - برضا الباقيين - واحداً وأمكتهم نصرته ونقوية يده جاز تقليده . ولو انتفى شيء من ذلك ، لم يجوز تقليده .

٣ - لو عزل القاضي نفسه لم ينزل إلا لعذر وإلا أن يوافق الامام .

٤ - يجوز للقاضي أن يحكم بغير مذهبه ، وهو أمر لم تتفق عليه آراء الشافعية .

٥ - تنعقد ولاية المفضول مع وجود الأفضل في القضاء ، وهي مسألة خلافية بين الفقهاء فيما بعد .

٦ - من جملة احتياط الحكام أن لا يكون أصحاب مسائلهم معروفين عن المشهود له والمشهود عليه والشهود والمسؤولين .

٧ - لو قال الشاهد بعد أداء رفيقه : أشهد مثل ما شهد به ، لم تصح شهادته حتى يستوفيهما كالأول ، لأنه موضع أداء لا موضع حكاية ( وهو ما يعبر عنه اليوم بمبدأ شفوية الشهادة ) .

٨ - لو قال القاضي للمخصمين : لا أحكم بينكما حتى تجعلا لي كذا رزقاً وهو فقير جاز . ولكن بشروط تسعة منها إذن الامام ، لأن تلك الشروط إنما أناحت عند القائلين بإباحته للضرورة ، وما جاز للضرورة فيقدر بقدرها .

٩ - لا يجوز تقليد الأخرس للقضاء .

١٠ - لا يجوز تقليد الأعمى القضاء ، ولو عمي بعد التقليد . . .

١١ - الغيبة التي يسوغ الحكم بها على الغائب أن تكون فوق مسافة العدوى ، فيجوز أن يسمع القاضي الدعوى والبيئة والحكم .

١٢ - لا يثبت امتناع الخصم من الحضور للمحاكمة بلا عذر إلا بشاهدين عند الشافعية ، وقيده الماوردي بأنه إذا كان المبعوث هو الخصم فإن كان العون كفى قوله .

١٣ - لا تسمع الدعوى بدين مؤجل ، وإن كان به بينة ، إذا لا يتعلق بها الزام في الحال ( وهذا ما يأخذه به القانون الوضعي في أيماننا ) .

١٤ - لو ولي القضاء في بلدين متباعدتين كبغداد والبصرة ، اختار المباشرة في إحداها .

## (ب) نظام مساعدتي القضاء في الاسلام :

٣٣ - ( أولاً ) - كاتب الجلسة وصفاته :

إن استحداث منصب الكاتب في القضاء الاسلامي كان لاعتبارات أملاها حسن سير هذا الجهاز : فعلى القاضي أن يحسن الاستماع ، والتفكير ، والمقارنة ، والتحليل ،

واستحضار النصوص ، وغبر ذلك من الأعمال العقلية ، ومن الانتباه . وعلى الكاتب أن يهتم بتدوين أقوال الطرفين والشهود والقاضي وغيرهم ممن يمكن أن يستدعى إلى القضاء .

والواقع أنه لا يُعرف متى بدأ نظام القضاء الإسلامي بإضافة الكاتب إلى القاضي . وكل ما عثر عليه هو أن أبا موسى الأشعري ، وكان قاضياً لعمر ، كان له كاتب ومن المعلوم أن عمر بن الخطاب تولى الخلافة عام ١٣ هجرية ( ٥٧٣ ميلادية ) وتوفي عام ٢٣ هجرية ( ٦٤٤ ميلادية ) . ففي هذا الوقت المبكر من تاريخ القضاء في الاسلام ، عرف الكاتب الى جانب القاضي<sup>(١)</sup> . أما الدليل على أنه كان لأبي موسى الأشعري كاتب ، فقد ورد في أخبار القضاة لوكيع<sup>(٢)</sup> انه : « كتب عمر الى أبي موسى : إن كاتبك الذي كتب إليّ كُتِبَ » ، فاضربه سوطاً » . ذلك بأن كاتب أبي موسى كتب الى الخليفة عمر : « من أبو موسى الى عمر » .

أما قبل الخليفة عمر ، فلا يستبعد أن يكون للقضاة كتاب .

وقد تحدث الإمام الماوردي في كتابه « أدب القاضي » عن « كاتب القاضي » حيث يقول<sup>(٣)</sup> : « قال الشافعي : ولا ينبغي أن يتخذ كاتباً ، حتى يجمع أن يكون عدلاً ، عاقلاً ، ويحرص أن يكون فقيهاً ، لا يؤق من جهالة ، نزهاً ، بعيداً من الطمع . وهذا صحيح . لا يستغني قضاة الأمصار والولاة على الأعمال عن كاتب يتوب عنهم في ضبط الأمور ليتشاغل الولاة بالنظر ، ويتشاغل الكاتب بالاثبات ، وإنشاء الكتب .

» وقد كان لرسول الله ﷺ كتاب ، منهم علي بن أبي طالب وهو الذي كتب القضية بين رسول الله وبين قريش عام الحديبية ، ومنهم زيد بن ثابت . وروي ابن عباس : انه كان للنبي كاتب ، يُقال له السجل . . . وقد كان للخلفاء الأربعة كتاب مشهورون ، وكذلك لمن بعدهم .

» ولأن تشاغل الولاة بالكتابة يقطعهم عن النظر المختص بهم ، وإذا كان كذلك فالقضاة ولاة لا يستغنون عن كتاب » .

صفات كاتب القاضي : ويضيف الماوردي<sup>(٤)</sup> : « وصفة كاتب القاضي ما ذكره الشافعي من أوصافه وهي أربعة :

أحدها : العدالة ، لأنه مؤتمن على اثبات الاقرار والبيانات وتنفيذ الأحكام فافتقر

(١) الأئمة طاهر القاسمي : المرجع السابق ص ٣٩٦

(٢) جـ ١ ص ٢٨٦ .

(٣) كُتِبَ أي أحاط في الاعراب وخالف وجه الصواب ( المحدث في اللغة ص ٧٦٤ )

(٤) الماوردي . أدب القاضي جـ ٢ رقم ٢٠٦٢ ص ٥٨ حتى ٦٥

(٥) أدب القاضي جـ ٢ رقم ٢٠٧١ ص ٦٠ حتى ٦٤



إلى صفة من تثبت به الحقوق كالشهود .

والثاني : أن يكون عاقلأ ، وليس يريد ما يتعلق به التكليف وإنما يريد أن يكون  
جزل الرأي ، شديد التحصيل ، حسن الفطنة ، حتى لا ينجذع ، أو يدلس عليه .

والثالث : أن يكون فقيهاً ، ليعلم صحة ما يكتب من فساد ، فإن لم يكن فقيهاً  
بالأحكام الشرعية لزم أن يكون فقيهاً بأحكام كتابته ، وما يختص بالشروط ، من  
المحاضر والسجلات ، واستعمال الألفاظ الموضوعية لها ، والتحرز من الألفاظ  
المحتملة ، ويختار أن يكون واضح الخط ، فصيح اللسان .

والرابع : أن يكون نزهأ بعيدأ من الطمع ليؤمن أن يرتشي فيحاب .

« فإذا ظفر القاضي بمن تكاملت فيه هذه الأوصاف الأربعة - وأرجو أن يظفر به -  
جاء أن يستكتبه .

ولا يجوز أن يستكتب ذمياً وإن كان كافياً » (١) .

مجلس الكاتب وعمله : ويقول الماوردي في ذلك (٢) : « فإذا استكتب القاضي  
من وصفنا ، وأحضره مجلس حكمه ، وأجلسه في الاختيار عن يساره ، ليثبت ما يحكم  
به من إقرار ، أو سماع بينة ، أو تنفيذ حكم ، يذكر فيه المحكوم له ، والمحكوم عليه ،  
بأسمائهما ، وأنسابهما ، ويقدر ما حكم به ، وسبب حكمه من إقرار أو بينة ، وإن  
حلاهما عن الجهالة بهما كان أولى .

« والقاضي فيأ يكتبه الكاتب من ذلك بين أمرين : إما أن يلقيه عليه حتى يكتبه  
من لفظه ، أو يكتبه الكاتب بالفاظه والقاضي ينظر اليه ، أو يقرأه بعد كتابته ، ويعلم  
فيه القاضي بخطه ، ويشهد به على نفسه ، ليكون حجة للمتحاكمين .

« ويكتب الكاتب ذلك على نسختين ، تكون إحداهما في ديوان القاضي ،  
والأخرى بيد المحكوم له . فإن قصر القاضي فيها وصفناه كان مفراطاً في حقوق ولايته ،  
ومفراطاً في حقوق الخصوم ، وإن استوفاهما سلم من التفريط فيها » .

الكتابة طريق للقضاء : ومن البديهي أن تكون الكتابة طريقاً للقضاء . والامتلة

---

(١) ذكر الشيرازي في المهذب ٢ / ٢٩٥ أن بعض الشافعية ذهب إلى أن في المسألة وجهين . وقال الرويني في البحر  
١٧١ / ٦ ب . ومن أصحابنا من قال فيه وجهان . أحدهما ما ذكرنا ، والثاني أنه يجوز أن يكون كافراً  
وفاسقأ ، لأن ما يكتبه لا بد أن يقف عليه القاضي ثم يحصيه فيؤمن حياته . وقد نقل هذا المذهب اس قدامة  
عن أصحاب الشافعي ( المعني ح ١١ ص ٤٢٩ ) ونقله كذلك المقدسي ( الشرح الكبير ح ١١ ص ٤٠٦ -  
٤٠٧ )

وقد ذكر ذلك . حقق أدب القاضي ح ٢ هامش رقم ٥ صفحة ٦٤ .

(٢) أدب القاضي ح ٢ ص ٦٤

على ذلك كثيرة ، منها ما جاء في قضاة قرطبة<sup>(١)</sup> ، من أن : « عبد الله بن هارون الكوفي كان كاتباً لسلبمان بن عمران ، ثم استقضاه ابن طالب على مدينة تونس » . وهذا موجود في الجهاز القضائي الحالي حيث نجد معظم القضاة ممن كانوا كتبة في سلك المساعدين القضائيين .

### ٣٤ - (ثانياً) - المنادي أو الذي على رأسه

كان للقاضي رجل يقوم على رأسه ، ويبدو أنه كان يقف خلفه ، وينادي على الخصوم<sup>(٢)</sup> . ويدل على ذلك الخبر الوارد عند البعض<sup>(٣)</sup> ان قاضي المدينة محمد بن عمران ، الذي أقام لديه الجمالون الدعوى على الخليفة أبي جعفر المنصور ، قال له : « الذي على رأسه » بأي شيء أنادي : أبالحلقة أم باسمه ؟ فقال له القاضي : باسمه . فناداه فتقدم اليه ، ف قضى عليه » .

غير أنه استبدل بهذا الاسم اسم آخر فيما بعد ، وهو « المنادي » . والظاهر أن اختصاصه قد توسع ، فربما انتهر أحد المتخاصمين لخروجه عن آداب المرافعة ، كالذي رواه البعض<sup>(٤)</sup> ان امرأة جاءت الى القاضي عبيد الله بن الحسن تشكو زوجها وتقول : إن زوجي لا يجامعني ، فقال لها المنادي : اسكتي ، لا تسفهي بين يدي القاضي . فقال له القاضي : إسكت » .

وربما أُنيطت بعض إجراءات المحاكمة الشكلية بالذي يقوم على رأس القاضي . فقد ذكر وكيع<sup>(٥)</sup> انه رآه عند القاضي شريح رجل كان يقوم على رأسه ، وكان إذا تقدم اليه خصمان يقول : أيكما المهدي فليتكلم .

وربما كل من الذي يقوم على رأسه مسلحاً ، كأنه أقيم لحفظ النظام في الجلسة خلال المحاكمات ، كالذي ورد عند وكيع<sup>(٦)</sup> من أن أم داود الوانسية قالت : « رأيت شريحاً على رأسه شرطي بيده سوط » .

وقد ذكر البعض<sup>(٧)</sup> أن المنادي كان يُسمى في الأندلس « الهاتف » .

### ٣٥ - (ثالثاً) - الحاجب :

الحاجب شخص يقف على باب الموظف ، يحجب الناس حتى يؤذن لهم . ولم

(١) محمد بن حارث الحشفي ، ص ١٩٤ مذكور عند القاسمي ص ٤٠٧

(٢) الأستاذ طاهر القاسمي : المرجع السابق ص ٤٠٨

(٣) وكيع . أخبار القضاة ج ١ ص ١٩٣ .

(٤) وكيع . أخبار القضاة ج ٢ ص ١٠٨ وج ٣ ص ١٦٨ .

(٥) وكيع . أخبار القضاة ج ٢ ص ٣٠٧ .

(٦) أخبار القضاة ج ٢ ص ٣٢٠

(٧) الحشفي . ص ٨٣ مذكور عند الأستاذ طاهر القاسمي ص ٤٠٩

يكن للقضاة حجاب في بادئ الأمر . ولكن بعد أن أصبح للقضاء دار معروفة ، واتسعت المدن ، وازدادت القضايا ، إرتأى بعض الأئمة أن يكون للقاضي حجاب ، ليصون هيئته ، وليرفعه عن التبدل أو الإبتدال<sup>(١)</sup> .

قال الماوردي<sup>(٢)</sup> : « قال الشافعي : ولا يكون دونه حجاب . وهذا صحيح ، يكره للقاضي أن يكون محتجباً<sup>(٣)</sup> ، ويكره أن يكون له حجاب ، يكون وصول المتنازعين اليه موقوفاً على أذنه .

» فإن اتخذ حاجباً في غير مجلس الحكم لم يكره له . بل اذا احتجب عن الناس في غير مجلس الحكم وزمانه كان أحفظ لحشمته ، وأعظم لهيئته .

» وكان . . . يكره للقاضي اتخاذ الحاجب في زمان الاستقامة وسداد أهله ، فأما في زمان الاختلاط والتهاجر ، واستطالة السفهاء (و الغوغاء) ، فالمستحب له أن يتخذ حاجباً يحفظ هيئة نظره ، ويمنع من استطالة الخصوم .

» وقد كان يرفأ حاجباً لعمر . . . واستصعب الأذن على المغيرة بن شعبة في خلوة أرادها مع عمر ، فرشاً يرفأ حتى سهل له الأذن عليه . . . فكان المغيرة أول من رشا ، ويرفأ أول من ارتشى في الإسلام . ومن مثل هذا كره الحجاب ، لأن الحاجب ربما فعل ما لا يراه المحتجب .

شروط الحاجب<sup>(٤)</sup> : « والشروط المعتبرة في هذا الحاجب نوعان : واجب ومستحب . فأما الواجب فتلاثة : العدالة ، والعفة ، والأمانة . وأما المستحب فخمسة : أن يكون حسن المنظر ، جميل المخبر ، عارفاً بمقادير الناس ، بعيداً عن الهوى والعصبية ، معتدلاً الأخلاق بين الشراسة واللين .

وجاء عن البعض الآخر<sup>(٥)</sup> : « وينبغي أن يكون عند الحاكم من يحفظ نُوبَ الناس ، فيقدم الأول فالأول ، ويجلسهم مجالسهم » . وربما سمي هذا : « صاحب المجلس » .

٣٦ - (وايضاً) - الوكيل بالخصومة<sup>(٦)</sup> :

جاء في المادة ١٤٤٩ من مجلة الأحكام العدلية : « الوكالة : تفويض أحد أمره

(١) الأستاذ ظاهر القاسمي . المرجع السابق ص ١٤٤

(٢) أدب القاضي ج ١ رقم ٢٥٥ ص ١٩٩ حتى ٢٠٤ .

(٣) قال محقق أدب القاضي . قال أبو الطيب « ويستحب له أن يتخذ حاجباً يقوم على رأسه إذا قصد للقضاء ، ويقدم الخصوم ويؤخرهم ، فإذا حكم بين الخصمين وقلاً ، دعا بغيرهما » (ص ١٩٩ هامش رقم ٥ من أدب القاضي ج ١) .

(٤) الماوردي : أدب القاضي ج ١ رقم ٢٦٣ ص ٢٠٤ .

(٥) التنويري : نهاية الأرب ج ٦ ص ٢٦٢ .

(٦) الأستاذ ظاهر القاسمي : المرجع السابق ص ٣٧٩ حتى ٣٩٤ .

لآخر ، وإقامته مقامه ، ويُقال لذلك الشخص : موكل ، ولن أقامه : وكيل ، ولدلك الأمر : موكل. به » وجاء في تعريفات الجرجاني<sup>(١)</sup> : الوكيل : هو الذي يتصرف لغيره ، لعجز موكله .

وجاء في المبسوط للسرخسي<sup>(٢)</sup> : التوكيل : تفويض التصرف الى الغير .

فالأصل في المحاكمات أن يحضر المتخاصمان بنفسيهما أمام القضاء . وإنما يجوز العلماء التخلف عن مجلس القضاء وإرسال وكيل ، وعللوا ذلك الجواز بأسباب مختلفة ، كما أنهم اختلفوا في إطلاق الجواز أو تحديده ، واشترطوا رضا الخصم أو عدمه . والقائلون بالجواز مطلقاً استندوا الى حديث جاء فيه<sup>(٣)</sup> أنه :

« ذكر عن عبد الله بن جعفر قال : كان عليّ لا يحضر خصومة أبداً . . . وكان إذا خوصم في شيء من أمواله وكلّ عقيلًا . وفيه جواز التوكيل بالخصومة ، وبظاهره يستدل أبو يوسف ومحمد في جواز التوكيل بغير رضا الخصم ، لأن علياً لم يطلب رضا خصومه » .

وقد ذكر السرخسي في المبسوط<sup>(٤)</sup> الى أنه : « قد جرى الرسم على التوكيل على أبواب القضاة من لدن رسول الله ، الى يومنا هذا ، من غير تكثير مُتكر ، ولا زجر زاجر » .

ومن أقدم ما عثر عليه من حوادث الوكالة بالخصومة يذكر البعض<sup>(٥)</sup> انه : « كانت بين حسان بن ثابت شاعر الرسول ، وبين بعض الناس منازعة عند عثمان بن عفان ، فقاضى عثمان على حسان ، فجاء حسان الى عبد الله ابن عباس ، فشكا ذلك اليه . فقال له ابن عباس : الحقّ حَقُّك ، ولكن أخطأت حجَّتَكَ . انطلق معي فنخرج به حتى دخلنا على عثمان ، فاحتج له ابن عباس حتى تبين عثمان الحق ، فقاضى به لحسان بن ثابت » .

ويقول القاسمي<sup>(٦)</sup> أنه إذا كان في هذه الحادثة دليل على جواز إعادة المحاكمة في القضية المحكوم بها ، حين وضوح الخطأ في الحكم ، في التنظيم القضائي الاسلامي ، فإن فيها دليلاً آخر على أن مرافعة العاجز أو الجاهل عن نفسه أمام القضاء في حاجة الى وكيل .

(١) ص ١١٢ .

(٢) المبسوط ١٩ / ٢ .

(٣) المبسوط ١٩ / ٣ .

(٤) ١٩ / ٤ .

(٥) الأستاذ طاهر القاسمي : المرجع السابق ص ٣٨٢ .

(٦) ص ٣٨٣ .

والذي يبنو من آراء الفقهاء والمؤلفين أن الوكالة لم تقيد بأي قيد كان . فقد جاء عند السرخسي في الميسوط<sup>(١)</sup> : « وإذا وكلت امرأة رجلاً ، أو رجل امرأة ، أو مسلم ذميّاً ، أو ذميّ مسلماً ، أو حرّ عبداً ، أو مكاتباً له أو لغيره - باذن مولاه - فذلك كله جائز ، لعدم الحاجة الى الوكالة في حق هؤلاء » .

وبهذا فتحت الشريعة الإسلامية أبواب المحاماة أمام المرأة قبل أكثر من ألف سنة<sup>(٢)</sup> .

والوكالة غير جائزة في قضايا الخلدود والقصاص أو سلعة ترد من عيب . . . فالتوكيل باستيفاء الحدود باطل بالاتفاق<sup>(٣)</sup> . وهذا ما يأخذ به قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني الحالي فلا يقبل تمثيل المدعى عليه بواسطة وكيل في الجرائم المستوجبة لعقوبة الحبس .

٣٧ - ( خامساً ) - القسّام أو خبير القسمة :  
القسّام أو القاسم : هو الخبير الذي يعينه القاضي ليساعده في قضايا القسمة . وينبغي أن يعطى أجره من بيت المال لأنه كالقاضي .

ويشترط في القاسم أن يستوفي صفات الكاتب ، أي العدالة وقلة الطمع ، وأن يكون أيضاً عالماً بالحساب والساحة والقيم والقسمة<sup>(٤)</sup> .

ويقول الماوردي في القاسم<sup>(٥)</sup> : « فإن خفيت عليه القيم لاختلاف الأجناس المقومة ، لم يكن ذلك تقصيراً في صفته ، ورجع الحاكم في التقويم الى غيره ، لأن لكل جنس ونوع أهل خبرة ، وهم أعلم بقيمته من غيرهم ، وليس يكمل معرفة قيم الأجناس كلها أحد » .

وهذا عين ما يفعله القاضي في زماننا إذا فشل الخبير في مهمته أو اعتذر عنها ، إذ يكلف القاضي خبيراً غيره يقوم بالمهمة المطلوبة .

٣٨ - ( سادساً ) - المترجمان :  
إذا تهاكم الى القاضي أو شهد أمامه أعجمي أو أجنبي لا يعرف اللغة العربية ، فيجب تعيين مترجم ينقل لغته الى العربية ، لغة القاضي الرسمية . لذا قرر عمر بن الخطاب ، بحضور عثمان وعلي ، أن يترجم عبد الرحمن بن حاطب بن بلتعة عن كلام

(١) ٨ / ١٩ .

(٢) الاستاذ طاهر القاسمي - المرجع السابق ص ٣٨٦ .

(٣) السرخسي : الميسوط ٩ / ٩ .

(٤) الدكتور صبحي محمصاني : المجتهدون في الحق ص ١٣٠ - ١٣١ .

(٥) ابن القاضي ج ٢ ص ٦٥ - ٦٦ .

المرأة النوبية التي زنت وحملت وأقرت (١).

وقد اختلف الفقهاء فيما إذا كانت الترجمة شهادة أو خبراً :

فقال الشافعية انها شهادة تقتصر الى العدد . ومن ثم ، لم يقبلوا الترجمة إلا شاهدين عدلين يعرفان لسان الأعجمي . ولا تقبل ترجمة الوالد والولد .

لكن الماوردي قال ان ما يقوله القاضي للمخضم الأعجمي هو خبرة ، تكفي فيه ترجمة الواحد . وكذلك أن يكون المترجم لأحد الخصمين المترجم للخصم الآخر إذا كان الخصمان أعجميين .

أما أبو حنيفة ، فقال ان الترجمة خبر ، تقبل فيها ترجمة الواحد إذا كان عدلاً . وقد قال بقوله صاحبه أبو يوسف والإمام مالك . أما صاحبه الآخر محمد بن الحسن وسائر الأئمة ، فقالوا بقول الشافعية (٢).

وقال السرخسي في المبسوط عن الترجمان (٣) :

« وإذا اختصم الى القاضي قوم يتكلمون بغير العربية ، وهو لا يفقه لسانهم ، فإنه ينبغي أن يترجم عنهم له رجل مسلم ، ثقة . واتخاذ الترجمان للحاجة ، وقد كان عليه الناس في الجاهلية ، وبعد الاسلام . . ولا يشترط لفظ الشهادة ، لأن اشتراط ذلك في الشهادة . . . . . لمعنى الزجر عن الشهادة بالباطل . . . . . وأما المترجم بحياسة القاضي ، فينعدم بحقه مثل تلك التهمة ، فلهذا لا يشترط في حقه لفظ الشهادة . . » .

وقد جاء في مجلة الأحكام العدلية ( المادة ١٨٢٥ ) انه : « يوجد القاضي في المحكمة ترجماناً موثقاً به ومؤتمناً لترجمة كلام من لا يعرف اللغة الرسمية من الطرفين » .

### ٣٩ - (سابعاً) - الحارس القضائي :

الحارس القضائي ليس من تشكيل المحكمة الأصلي ، وإنما هو طارئ يستدعى عند الحاجة كالترجمان . والمعهد به قديم ، فقد عرفه التنظيم القضائي في الاسلام منذ أيام عمر بن الخطاب . فقد جاء في سير أعلام النبلاء للذهبي (٤) :

« عن ابن عمر قال : لما هلك أسيد بن الحضير ، وقال غرماؤه بما لهم ، سأل عمر : في كم يؤدي ثمرها ليوفي ما عليه من الدين ؟ ف قيل له : في أربع سنين . فقال

(١) الدكتور صبحي محمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٨٧ وللمجتهدون في الحق ص ١٣١ - ١٣٢ ،

الأستاذ طاهر القاسمي ص ٤٢٣ حتى ٤٢٦

(٢) الماوردي : أدب القاضي ج ١ ص ٦٩٠ - ٧٠٠ .

(٣) ٨٩ / ١٦

(٤) ٢٤٧ ذكره القاسمي : ص ٤٢٦ .

لغرمائه : ما عليكم أن لا تباع . قالوا احتكم ( أي أحكم بما رأيت ) ، وإنما تقتص من أربع سنين . فَرَضُوا بذلك ، فأقرَّ المال لهم . قال : ولم يكن باع نخل أَسِيد أربع سنين من عبد الرحمن بن عوف ، ولكنه وضعه على يدي عبد الرحمن للغرماء .

وجاء في كتاب الأحكام السلطانية<sup>(١)</sup> أن على قاضي المظالم : « أن ينظر في الدعوى ، فإن كانت مالا في الذمة كلفه إقامة كفيل ، وإن كانت عينا قائمة كالعقار ، حَجَرَ عليه فيها حجراً لا يرتفع به حكم يده ، وردَّ استغلاها الى أمين يحفظه الى مستحقه منها » .

#### ٤٠ - (ثامناً) - الكاتب بالعدل :

ورد ذكر الكاتب بالعدل في القرآن الكريم ، في قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين الى أجل مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ، وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ﴾ . فهذه الآية هي الأصل في أحداث هذا العمل الهام لتوثيق معاملات الناس<sup>(٢)</sup> .

وقد ذكر البعض<sup>(٣)</sup> أن أقدم نص وقع عليه في خصوص الكاتب بالعدل أو « الموقِّع » أو « الوثائقي » هو ما ورد في كتاب « نسب قریش » للزبير المولود عام ١٥٦ هـ والمتوفي عام ٢٣٦ هجرية ( ٦٤٧ - ٦٩٠ ميلادية ) فقد جاء فيه : « كان طلحة ابن عبد الله ، وخارجة بن زيد بن ثابت ( كان قاضياً ) ، في زمانها ، يستفتيان ، وينتهي الناس الى أقوالها ، ويقسمان الموارث بين أهلها . . . ويكتبان الوثائق للناس ، وذلك بغير جعل » .

ويقول هذا البعض أنه لا يُعرف الكثير عن كتابة الوثائق للناس في المشرق ، لكن كتب الأندلسيين تحدثت كثيراً عن هذا الموضوع . وإن كتابة الوثائق كانت في الأندلس عملاً رسمياً من أعمال الدولة . وإن صفات الموقِّع نجد مثلها في كتاب قضاة قرطبة للبخشي عندما ترجم لقاض اسمه : النضر بن سلمة الكلبي<sup>(٤)</sup> ، حيث جاء فيه : « كان النضر عالماً بعلم الوثائق ، ومدرّكاً لمواضع الزلزل منها ، والإغلال - الخيانة - فيها . يوقف الفقهاء على ذلك ، فيُقرّون له بالإصابة ، ويعترفون له بفضل الإدراك » .

والظاهر أنه كان في الأمصار الكبرى عدة موقِّعين ، كما هو معمول به اليوم حيث يوجد الكثير منهم في المدن الكبرى . فقد جاء عند البعض<sup>(٥)</sup> : ان محمد بن يحيى القاضي بغرناطة : ولي قضاء الجماعة ، فقام بالوظائف ، وصدع بالحق ، وبرز

(١) عند الماوردي ص ٨٥ وعند أبي يعلى القراء ص ٦٥ .

(٢) الأستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٤٢٧ حتى ٤٣٥ .

(٣) الأستاذ ظافر القاسمي ص ٤٢٩ .

(٤) ص ١٣٤ .

(٥) النبهي المالقي : تاريخ قضاة الأندلس ص ١٤٢ .

العدول ، فزَيَّفَ منهم مائة يتيِّف على الثلاثين عدداً : فاستهدف بذلك الى مناصبة ومعاودة . . . غير مبال بقليل أو قال ، فأصبح في عمله مع كُتْبة الوثائق بغرناطة أشبه القضاة يحيى بن معمر في قرطبة ، إذ بلغ من مناقشته أن سجَّل في يوم واحد بالسُخْطة على تسعة عشر رجلاً منهم . . . » .



## المبحث الثاني

### اختصاصات المحاكم الاسلامية وأنواعها

(أ) فكرة المحكمة من حيث مكان القضاء وزمانه :

٤١ - (أولاً) - مكان القضاء :

عرف النظام القضائي الاسلامي فكرة تخصيص مكان معين في البلد ، كالمسجد أو بيت القاضي أو سوق البلدة ، يجلس فيه القاضي للقضاء بين الناس وتقام الدعوى لديه بحيث لا يتعداه الى غيره<sup>(١)</sup> .

ومن مقتضيات العدالة في الاسلام جلوس القاضي في مكان يسهل للمتقاضين الوصول اليه . لذا ، أنكر الفاروق عمر على أبي موسى الأشعري القضاء في داره ، وأمر بإحضارها عليه .

وقد كان الخلفاء الراشدون الخمسة يجلسون للقضاء في المسجد ، لكنهم منعوا إقامة الحدود فيه . وقد قضى الإمام علي في مسجد الكوفة ، وكذلك قضى عثمان بن عفان بين سقائين في المسجد قبل أن يتخذ داراً خاصة للقضاء بين الناس . ولكن روي أيضاً أن عمر كتب الى قاضي الكوفة القاسم بن عبد الرحمن أن لا يقضي في المسجد ، لئلا يدخله الرعاع وغير الطاهرين<sup>(٢)</sup> .

وقد روي عن معظم قضاة السلف أنهم كانوا يقضون في المسجد . وكان شريح لا يقضي في بيته إلا في عيد الفطر أو في يوم مطير . وكذلك روي عن ابن أبي ليلى أنه لم

(١) الدكتور محمد سلام مذكور : المرجع السابق ص ٥٢ ؛ الاستاذ طاهر القاسمي : المرجع السابق ص ٤٧٣ حتى ٤٨٤ ؛ الاستاذ علي منصور : المرجع السابق ص ٣٢٩ .

(٢) الدكتور صبحي عجماني . ثروت الخلفاء الراشدين ص ١٧٢ .

يكن يكره القضاء في المسجد . بل كان هو وابن شبرمة ينفذان عقوبة الحدود في المسجد أيضاً<sup>(١)</sup> .

وقد روى وكيع في أخبار القضاة<sup>(٢)</sup> أنه رأى « زُرارة بن أوفى يقضي في الرحبة ، خارجاً من المسجد » . والرحبة هي الساحة . والظاهر أنها الساحة الملحقة بالمسجد كأنها حديقة له ، وليست صحن المسجد .

وقد ذكر وكيع أيضاً<sup>(٣)</sup> : « أن إياس بن معاوية كان يقضي في سوق البصرة . . . من سَبَقَ الى مكان فهو أحق به ما جلس عليه ، فإذا قام ، فجلس عليه آخر ، فهو أحق به » ؛ وأنه رأى « يحيى بن يعمر يقضي في السوق ركباً » . وإن عبد الله بن بريدة رأى « على حمار يطوف القرى يقضي بين الناس » .

ويقول الماوردي في الأحكام السلطانية<sup>(٤)</sup> : « ولو قلّد الحكم فيمن ورد اليه في داره أو في مسجده صبح ، ولم يجر له أن يحكم في غير داره ولا في غير مسجده ، لأنه جعل ولايته مقصورة على من ورد الى داره أو مسجده ، فلذلك صار حكمه فيها شرطاً » .

#### ٤٢ - (ثانياً) - زمان القضاء :

وكذلك فقد عرف النظام القضائي الاسلامي فكرة تحديد زمان معين للقضاء ، يلتزم به القضاة للنظر في القضايا في أيام معينة من الأسبوع .

ويقول الماوردي في الأحكام السلطانية<sup>(٥)</sup> : « ولو قال قلّدتك النظر بين الخصوم في كل يوم سبت جاز ، وكان مقصور النظر فيه ، فإذا خرج يوم السبت لم تنزل ولايته لبقائها على أمثاله من الأيام ، وإن كان ممنوعاً من النظر فيها عداه من الأيام » .

ويقول في أدب القاضي عند بحثه عن واجبات القاضي بعد دخوله البلد وقراءة العهد انه يقرر أمرين : أحدهما مكان القضاء<sup>(٦)</sup> ، والثاني : أن يكون زمان نظره معيناً عليه من الأيام ، ليتأهبوا - المتخاصمون - فيه للتحاكم اليه .

« فإن كثرت المحاكمات ، ولم يتسع لها بعض الأيام ، لزمه النظر في كل يوم .

ويكون وقت نظره من اليوم معروفاً ، ليكون باقيه مخصوصاً في أمور نفسه وراحته ودعته .

(١) الدكتور صبحي حمصاني : المجتهدون في القضاء ص ٣٨ ، وكيع : أخبار القضاة ج ٣ ص ٨٩ و ١٣٥

(٢) ج ١ ص ٢٩٦ .

(٣) ج ١ ص ١٣٩ وج ٣ ص ٣٠٦ و ٢٣٧ .

(٤) ص ٨١ .

(٥) ص ٨٢ .

(٦) الماوردي - ج ١ رقم ٢٤٢ ص ١٩٥ و ١٩٦ .

وإن قلت المحاكمات ، واتسع لها بعض الأيام ، جعل يوم نظره في الأسبوع مخصوصاً ، بحسب الحاجة فيه : من يوم ، أو يومين ، أو ثلاثة ، معتبراً بقدر الحاجة حتى يستعد الناس للتحاكم فيه .

فإن تجدد في غير يوم النظر ما لا يمكن تأخير فيه ، نظر فيه ولم يؤخره .

ويختار أن تكون أيام نظره من الأسبوع : السبت ، والاثنين ، والخميس .

وقال الماوردي في موضع آخر<sup>(١)</sup> : « ويجعل - القاضي - يوم جلوسه للحكم العام معروف الزمان ، والمكان ، ولا يخل بيوم في كل أسبوع . فإن وردت فيها عداة أحكام خاصة لم يؤخرها إن أضرت ، وكان فيها بين أن يستخلف من يتوب عنه في النظر فيها بنفسه ، بعد أن يستكمل الراحة والدعة ، لئلا يسرع اليه ملل ولا ضجر » .

العطلة القضائية : لقد جاء في كتاب تاريخ قضاة الأندلس للتباهي المالقي ، في سيرة محمد بن يتي بن نذب<sup>(٢)</sup> ، انه قيل عنه : « كان لا يحكم في شهر رمضان ، ويفرغ فيه نفسه للعمل والعبادة ، لم يزل مواظباً على ذلك إلى أن مات » . فقله : « للعمل » ، كأنه يفيد أنه كان يعكف على الدراسة والمطالعة وتنقيف نفسه ، وللعبادة . فكان هذا الشهر بمثابة العطلة القضائية في زماننا الحاضر<sup>(٣)</sup> .

٤٣ - ( ثالثاً ) - فكرة اشتراك أكثر من قاض في نظر الدعوى :

الأصل في القضاء الإسلامي أن يكون قضاء قاض فرد<sup>(٤)</sup> . غير أن الفقه الإسلامي عرف وأجاز اشتراك أكثر من قاض واحد في نظر بعض أنواع القضايا ، لأن القاضي نائب ووكيل عن ولي الأمر . ولما كان للموكل أن يوكل عنه أكثر من واحد مجتمعين دون أن يأذن لأحدهم بالانفراد ، فكذا في القضاء يصح إنابة ثلاثة قضاة مثلاً أو خمسة ليشتركوا مجتمعين في نظر بعض الدعاوى التي يجعل لهم ولي الأمر حق النظر فيها . وعندئذ لا يصح لواحد منهم أن ينفرد باستماع إحدى الدعاوى أو الفصل فيها ، وإذا فعل أحدهم شيئاً من ذلك فلا اعتبار لما فعل ، لأن مجموعهم في هذه الحالة إنما هو عبارة عن الفرد الواحد ، إذ عقد الإنابة يفيد أن كل واحد منهم يعتبر معزولاً عن القضاء بمفرده لأنه لم ينصب لذلك مستقلاً بل مشتركاً مع الآخرين ، وهذا مما يمكن فيه الاشتراك .

والواقع أن كتب الفقه نقلت خلافاً في المسألة يفيد أن الأحناف والحنابلة وبعض الشافعية يجيزون ذلك خلافاً للمالكية وبعض الشافعية .

(١) ج ٢ رقم ٢٩٤٦ ص ٢٤٤ - ٢٤٥

(٢) ص ٧٧ - ٧٨ .

(٣) الأستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٤٨٦

(٤) الأستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٥٣٦ .

والمانعون يعللون المنع بأن القضاة المتعدين يتعذر اتفاقهم في الرأي ، مما يؤدي الى تعطيل الفصل في الخصومات بل الى تعذرهِ . فسبب المنع إذن هو خشية الاختلاف في الرأي ، فإذا اشترطنا عند التعدد أن يكونوا ثلاثة أو خمسة ، وأجاز ولي الأمر عند الاختلاف الأخذ برأي الأغلبية ، لكان جواز تعدد القضاة لنظر القضية الواحدة جائزاً اتفاقاً<sup>(١)</sup> .

ويقول ابن قدامة المقدسي في الموضوع<sup>(٢)</sup> : « فإن قلّد ولي الأمر قاضيين أو أكثر عملاً واحداً في مكان واحد ، ففيه وجهان : أحدهما لا يجوز وهو أحد وجهين لأصحاب الشافعي ، لأنه يؤدي الى إيقاف الحكم عند الاختلاف في الاجتهاد . والثاني يجوز ، وهو قول أصحاب أبي حنيفة وهو أصح ، لأن الغرض فصل الخصومات وإيصال الحق الى مستحقه وهذا يحصل فأشبه القاضي » .

ويقول الخطيب علي أبي شجاع الشافعي : « وجاز نصب أكثر من قاض بمحل أن لم يُشترط اجتماعهم على الحكم ، لأن اجتهادهم يختلف غالباً » ، وقد قلنا انه يمكن أن يكون الحكم بالأغلبية عند الاختلاف .

وجاء في الفتاوى الهندية : « وإن قلّد السلطان قضاء ناحية الى رجلين فقضى أحدهما لا يجوز كالوكيلين » .

أما في تبصرة الحكام لابن فرحون ، وفي الدسوقي على متن خليل وفي غيرها في المذهب المالكي انه لا يجوز<sup>(٣)</sup>

## (ب) اختصاصات المحاكم الاسلامية وأنواعها :

### ٤٤ - تمهيد وتقسيم :

في بادئ الأمر كان القاضي الاسلامي يتولى النظر في جميع القضايا التي تعرض عليه ، سواء أكان النزاع مدنياً ، أو جزائياً ، أو إدارياً ، أو يتعلق بالأحوال الشخصية ، أو غير ذلك مما يمكن أن ينظر فيه القضاة .

غير أنه لما اتسعت مساحة الدولة الاسلامية ، وتكاثر عدد سكانها ، وازدادت الخلافات ، وتشعبت القضايا ، دعا ذلك ولأه الأمر الى تخصيص بعض القضاة ، بنوع معين من القضايا .

وهكذا كانت اختصاصات المحاكم الاسلامية على النحو الآتي :

(١) الدكتور محمد سلام مذكور . للرجع السابق ص ٥٦

(٢) ذكر ذلك : الدكتور مذكور ص ٥٦ - ٥٧ .

(٣) كل ذلك مذكور عند الدكتور مذكور ص ٥٧ .

- أولاً - الاختصاص النوعي للمحاكم .
- ثانياً - الاختصاص حسب قيمة الدعوى .
- ثالثاً - الاختصاص الشخصي للمحاكم .
- رابعاً - الاختصاص المكاني للمحاكم .

#### ٤٥ - (أولاً) - الاختصاص النوعي للمحاكم الإسلامية .

ونقصد بذلك اختصاص القاضي بنوع واحد من القضايا ، ويمكن تصنيف هذه الاختصاصات ، مقارنة بما هو معمول به حالياً ، على النحو الآتي :

##### (١) القضاء المدني :

ويختص بالنظر في القضايا المدنية ومنها :

- فصل المنازعات وتثبيت الحقوق عند التناكر ، من ديون في السلم وأعيان في اليد .

- استيفاء الحقوق بعد تثبيتها عن مطال بها وإيصائها الى مستحقها ، أي بتسليم الأعيان أو حيس المحكوم عليه لإخراج ما كان في ذمته .

- النظر في العقود من بيع وغيره ، للفصل في صحتها أو فسادها .

- فصل الشاخر في حقوق الأملاك من الشفعة والمياه والحدود والاستطراق ( أي حق المرور ) . وكذلك النظر في غاراج الأبنية والأجنحة الى الطرقات إذا جاء فيها متظلم أو إذا استوجبت اجتهداً ، وإلا دخلت في اختصاص المحتسب<sup>(١)</sup> أو قضاء المخالفات ، كما سنرى .

##### (٢) القضاء المستعجل :

من خلال فكرتين وردتا في كتاب أدب القاضي للماوردي ، يمكن القول أن هذا الإمام القاضي والفقيه قد تصور وجود قضاء مستعجل في التنظيم القضائي الإسلامي ، هذا القضاء الذي يقوم في النظام الحالي على فكرة عنصر العجلة في القضية وضرورة السرعة في البت فيها منعاً للضرر<sup>(٢)</sup>

فقد قال الماوردي في الجزء الأول من الكتاب<sup>(٣)</sup> في معرض بحث زمان القضاء : « فإن تجهد في غير يوم النظر ما لم يكن تأخير فيه ، نظر فيه ولم يؤخره » .

وقال في الجزء الثاني<sup>(٤)</sup> : « فإن وردت فيها عداة أحكام خاصة ، لم يؤخرها إن

(١) الدكتور صبحي محمدي : للجهنود في الحق ص ١٣٤ - ١٣٥ .

(٢) الأستاذ طاهر القاسمي : للرجع السابق ص ٤٨٦ - ٤٨٧ .

(٣) الماوردي : أدب القاضي ج ١ رقم ٢٤٧ ص ١٩٦

(٤) الماوردي : أدب القاضي ج ٢ رقم ٢٩٤٦ ص ٢٤٤

أُضْرَتْ ، وكان فيها بين أن يستخلف من ينوب عنه في النظر ، وبين أن ينظر فيها بنفسه . . . » .

### (٣) القضاء الجزائي :

كان المسلمون في صدر الاسلام قليلي العدد ، أتقياء ورعين ، يأمرهم بالمعروف وينهون عن المنكر . وكان الواحد منهم إذا ارتكب جرماً جاء الى النبي بنفسه يطالبه بانزال العقاب به . وقصة ماعز والغامدية مشهورة ، فقد اعترف أمام النبي بالزنا وألحاً بإقامة العقاب عليهما ، ونجاء اصرارهما ، أمر الرسول برفعهما .

نظام الاتهام في الاسلام : لم تكن النيابة العامة موجودة لتقوم بمهمة الادعاء أو الاتهام . والراجح أن القاضي كان يضع يده على جرائم الحدود التي تدخل في حقوق الله ( وهي ما يعبر عنها بالجرائم المضرة بالمصلحة العامة ) وذلك من تلقاء نفسه دون حاجة لتقديم شكوى من أحد . أما جرائم الحدود التي تعتبر من حقوق الأفراد ( كالسرقة ) ، فإنه لا يستطيع أن ينظر فيها بدون شكوى من المتضرر ( وهذا هو مذهب الحنابلة ) . أما أبو حنيفة ، فإنه يشترط تقديم شكوى من المتضرر ، حتى في حقوق الله<sup>(١)</sup> .

قضاء الجراح : ذكر الكندي<sup>(٢)</sup> : « ان معاوية بن أبي سفيان كتب الى القاضي سليم بن عتر يأمره : بالنظر في الجراح ، وأن يرفع ذلك الى صاحب الديوان . وكان سليم أول قاضٍ نظر في الجراح ، وحكم فيها . فكان الرجل إذا أصيب فُجُرح ، أتى الى القاضي وأحضر بيته على الذي جرحه ، فيكتب القاضي بذلك الجرح قصته على عاقلة - قبيلة - الجراح ، ويرفعها الى صاحب الديوان ، فإذا حضر العطاء اقتض من أعطيات عشيرة الجراح ما وجب للمجروح ، وينجم ذلك في ثلاث سنين ، فكان الأمر على ذلك » .

وهذا النوع من القضاء شبيه بقضاء الجنتح في أيامنا هذه<sup>(٣)</sup> .

قضاء الجرائم والأحداث الكبرى : ذكر وكيع<sup>(٤)</sup> انه : « لما استُخْلِفَ عثمان ، أقر أبا موسى الأشعري على قضاء البصرة وأحداثها » ، وذكر أيضاً<sup>(٥)</sup> انه قد : « ولى المهدي شريكاً مع القضاء صلاة الكوفة وأحداثها ، فوُلى على شرطته اسحاق بن الصباح » .

(١) الدكتور عبد الوهاب جوحد : الوسيط في الاجراءات الجزائية الكويتية ص ٩ .

(٢) المرواة والقصة ص ٣٠٩ .

(٣) الأستاذ طاهر القاسمي : المرجع السابق ص ٢٥٦ .

(٤) أخبار القصة ج ١ ص ٢٨٣ .

(٥) أخبار القصة ج ٣ ص ١٥٤ .

وقد قال البعض<sup>(١)</sup> ان المقصود بالأحداث « الجرائم الكبرى » وفقاً للمعنى اللغوي للفظ ، ولأن الفقرة الأخيرة من جملة وكيع تؤكد أيضاً ذلك . ولا أدل على ذلك من أن الخليفة ترك للقاضي اختيار رئيس الشرطة ، ليتعقب فاعلي هذه الجرائم الكبرى .

ولعل عمر بن الخطاب هو أول من أحدث هذا النوع من القضاء . فقد ورد عند الطبري<sup>(٢)</sup> ، حين يتحدث عن عمال عمر : « وأما الكوفة ، فإن عايله عليها كان عمار بن ياسر ، وكان اليه الأحداث » .

وهذا القضاء شبيه بمحاكم الجنايات أو المجلس العدلي .

الحسبة أو قضاء المخالفات : الحسبة وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، الذي هو فرض على القائم بأمور المسلمين . يُعين لذلك من يراه أهلاً له .

وجمهور الفقهاء يرون وجوب الحسبة على كل مسلم ، والبعض يرى أن مجرد النصح بالحسنة هو واجب على كل مسلم ( ويسمى المتطوع ) ، وأما ما زاد عن ذلك من أعمال الحسبة مما يقتضي المقاومة والضغط والبحث والتقديم الى القضاء ، فينبغي أن يكون عن طريق والي الحسنة المعين من قبل الحاكم . ولا مانع لأي مسلم أن يبلغ والي الحسبة عن أي مكروه .

والمحتسب ممنوع من التجسس على الناس ، لقوله تعالى : ﴿ ولا تجسسوا ﴾ ، وعليه أن ينتظر ظهور المنكر ، حتى يحق له التدخل<sup>(٣)</sup>

والأصل في مشروعية الحسبة ما ورد عن النبي أنه وقف على طعام به عيب خفي ، فقال لصاحبه ، أفلا أظهرت العيب حتى يعرفه الناس ؟ وخطب قائلاً : أيها الناس لا غش بين المسلمين ، من غشنا فليس منا . وقد تولت الصحابة « سمراء بنت نهيك الأسدية » الحسبة في مكة أيام النبي ، فكانت تمر في الأسواق تأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر ، وكانت تحمل بيدها سوطاً ، وكان سعيد بن العاص أول محتسب موظف في الاسلام ، فقد استعمله النبي على سوق مكة ليتفقد ، كما استعمل عمر بن الخطاب الشفاء بنت أبي سليمان على سوق المدينة لمراقبة الغشاشين<sup>(٤)</sup> ، ويقال ان عمر أول من وضع نظام الحسبة<sup>(٥)</sup>

(١) الأستاذ طاهر القاسمي : المرجع السابق ص ٢٥٦ و ٢٥٧

(٢) ١٤٥/ ٤ ملكور عند الأستاذ طاهر القاسمي ص ٢٥٨ .

(٣) الدكتور عبد الوهاب حويد : المرجع السابق ص ١٠ .

(٤) الأستاذ طاهر القاسمي : المرجع السابق ص ٥٩٠ حتى ٥٩٢ .

(٥) انظر في نظام الحسبة هل هو نظام اسلامي أصيل أم أنه مقتبس من النظام البيزنطي ( طاهر القاسمي ص ٦١٠ حتى ٦١٨ ) .

والحسبة ، التي هي الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ذات اختصاصات متعددة<sup>(١)</sup> :

- فمنها ما هو ذو طبيعة ادارية يتعلق بأعمال الشرطة<sup>(٢)</sup> لضبط الأوزان وأسعار السلع ، والتفتيش على الأسواق والبضائع ، واتلاف الفاسد من المأكولات والمشروبات .

- ومنها ما هو ذو طبيعة قضائية : كنظر المحتسب في بعض الدعاوى البسيطة العائدة للأفراد والتي قد ترفع اليه أو تصل الى علمه . وهذه الدعاوى تتعلق بالغش والخداع في البيع والشراء ، والتطفيـف<sup>(٣)</sup> في المكاييل والموازين ، والمحاكمة في دفع الدين مع القدرة على الوفاء ، وعلى العموم كل ما يتصل بالحقوق المعترف بها والتي لا يحتاج البت بها الى سماع بينة أو تحقيق شهادة . ولذلك اعتبرت الحسبة نوعاً من أنواع المحاكم ، وكانت في كثير من الدول الاسلامية مثل العبيدين بمصر والمغرب ، والأمويين بالأندلس ، مما يدخل في ولاية القاضي<sup>(٤)</sup> .

مرآة الدعوى الجزائية في الاسلام : لا توجد في الشريعة الاسلامية مرحلة التحقيق الابتدائي ، فالدعوى تحال مباشرة على القاضي وهو الذي يقوم بالتحقيق فيها . ومن الاجراءات التي يتخذها القاضي توقيف المدعى عليه احتياطياً<sup>(٥)</sup> ، وذلك اذا كان قد اشتهر عنه الاجرام ، أو على الأقل كان مجهول السيرة<sup>(٦)</sup> .

وتبدأ اجراءات الدعوى الجزائية أمام القاضي بسؤال المدعى عليه عن التهمة والشهادة والقرائن والدلائل .

فيبدأ القاضي بسؤال المدعى عليه عن التهمة ، فإذا أن يعترف وإما أن ينكر .

---

(١) يراجع في اختصاصات الحسبة بالتفصيل : الاستاذ علي حسين فهمي : الحسبة في الشريعة الاسلامية ، للهيئة العامة للقومية المصرية ، المجلد ٤ لعام ١٩٦١ هـ عدد ٣ ص ٣٧٧ حتى ٤٠٧ .

(٢) يعتبر الدكتور صبحي محمدي هذه الاختصاصات نوعاً من الشرطة البلدية ( الأوضاع التشريعية من ١٨٥ ) .

(٣) التطفيـف : القصص

(٤) الأستاذ علي حسن فهمي : ذات المرجع ص ٣٨٧ .

(٥) الدكتور محمود محمود مصطفى : تطور قانون الاجراءات الحائثية في مصر والدول العربية رقم ٣٢ ص ٣٥ وما بعدها .

(٦) كان إجراء التوقيف ينفذ في صدر الاسلام على وجه يراعى فيه احترام الانسان ، فكان لا ينفذ في مكان ضيق يعوق الحركة ، وكان يلزم أن يكون المكان صالحاً للوضوء والصلاة ، لا يتمكن فيه أحد المسجونين من الاطلاع على عورة آخر ، وأن يتوافر فيه الدعة في الشتاء والهواء في الصيف . وفي الجملة كان لا يقصد به تعذيب وإعا مجرد تعويق ، ولذلك كثيراً ما كان ينفذ في المساجد تحت رقعة الحراس . وهناك خلاف بين فقهاء الشريعة حول مدة التوقيف ، فقلل منها لا تزيد عن شهر وقيل انه يترك تقديرها للقاضي . ( الدكتور محمود مصطفى : ذات المرجع ص ٣٦ هامش رقم ١ ) .



فإذا اعترف ، فإن القاضي يحكم بإدانته بناء على اعترافه . ولكن يشترط لصحة الأخذ بالاعتراف الشروط الآتية : ١ - أن يكون الإقرار صادراً من شخص عاقل حر الاختيار . ٢ - أن يقتنع القاضي بصحته ، فلا يكون هزلياً ولا يقصد به تخليص المجرم الحقيقي . فكثيراً ما كان يحصل أن يُقر الخادم على نفسه بجرمة قتل ارتكبتها سيده ، فلا يؤخذ بمثل هذا الإقرار . والإقرار حجة على المقر وحده ، فلا يترتب عليه أثره بالنسبة لما ورد فيه عن الغير .

والراجح لدى فقهاء الشريعة أن المدعى عليه لا يحلف بيمين الشاهد قبل سؤاله ، حتى لا يوضع في حرج بين مصلحته والحنث بيمين الله ، فإن حلف كان ذلك مبطلاً لإقراره<sup>(١)</sup> . ويلتقي هنا القانون الوضعي وأحكام الشريعة الإسلامية .

أما إذا أنكر المدعى عليه ما نسب إليه ، فإن القاضي يلجأ الى وسائل الإثبات الأخرى وأهمها شهادة الشهود<sup>(٢)</sup> .

وأما القرائن<sup>(٣)</sup> ، فالرأي متفق على الأخذ بالقرائن القاطعة . أما القرائن غير القاطعة أو الدلائل ، كمشاهدة شخص يحمل سكيناً ملوثاً بالدماء خارجاً من منزل قتل فيه إنسان ذبحاً ، فقد اختلف الفقهاء في اعتبارها دليلاً ، والراجح لديهم هو أنها لا تعد دليلاً كاملاً ، وإنما يصح الاسترشاد بها كما يسترشد بشهادة الصغير .

والأصل في القضاء الإسلامي أن يصدر الحكم فور انتهاء المحاكمة دون أي تأخير مبرر ، ولم يكن للحكم أي صيغة معينة ، وكل ما يشترط فيه أن يكون قاطعاً لا تردد فيه ، أي أن يبنى على اليقين وليس على مجرد الظن أو الاحتمال<sup>(٤)</sup> .

الإثبات في الجرائم الواردة في القرآن<sup>(٥)</sup> : إن القرآن الكريم لم ينص إلا على عدد قليل من الجرائم حددت لها عقوبات معينة ، من حدود وقصاص ، تحديداً ثابتاً ، ذا حد واحد . فمضى ثبت للقاضي أن المدعى عليه ارتكب جريمة من هذه الجرائم ، فعليه أن يقضي بعقوبتها دون تخفيف أو تشديد . كما أن العفو في جرائم الحدود لا يجوز . أما في جرائم القصاص ، فإن عفو المجنى عليه جائز ، والسبب في ذلك أن جرائم الحدود تتعلق بالمصلحة العامة ، بينما تتعلق جرائم القصاص بمصلحة الأفراد . ويقابل هذا التشديد في جرائم الحدود أن الشريعة الإسلامية وضعت لكل جريمة من هذه الجرائم شروطاً تؤدي الى تضيق نطاقها . كما أنها تشددت في الإثبات فحصرته في طرق معينة

(١) الدكتور محمود مصطفى . المرجع السابق رقم ٣٧ ص ٣٦

(٢) يراجع فيها حص هذه البنية لاحقاً رقم ١١٢ و ١١٩ .

(٣) يراجع أيضاً فيها حص القرائن لاحقاً رقم ١٢١

(٤) الدكتور محمود مصطفى . المرجع السابق رقم ٣٢ ص ٣٧ ورقم ٣٣ ص ٣٧ .

(٥) الدكتور محمود مصطفى . المرجع السابق رقم ٣٤ ص ٣٧ - ٣٨

وفضلاً عن ذلك ، فإنها تجعل كل شبهة في مصلحة المدعى عليه ، فقد قررت مبدأ هاماً هو درء الحدود بالشبهات . وهذا المبدأ نجد صدهاء في القانون الوضعي في مبدأ « الشك يفسر لمصلحة المدعى عليه » .

ففي جريمة السرقة لا يُقضى بالحد ، وهو قطع اليد ، إلا بشروط ، وهي أن يكون السارق مكرراً<sup>(١)</sup> ، وألا تقل قيمة المسروق عن نصاب معين ، وأن يكون محفوفاً في حرز ، وأن يكون مملوكاً ملكية خالصة لمن سُرِق منه ، وألا يكون المسروق من الأموال سرية التلغ ، وأخيراً ألا يوقع الحد إلا إذا تمت السرقة كاملة .

وفي الزنى ، لا يقضى بالحد وهي مائة جلدة ، إلا إذا كان الزاني متزوجاً ، ويشترط لإثبات الزنى شهادة أربعة ، ليس فيها شهادة امرأة أو شهادة سماعية ، فإذا كان الدليل هو الاعتراف ، فيجب أن يتكرر أربع مرات في مجالس مختلفة أسوة بالشهادة .

أما درء الحدود بالشبهات أو بالشك ، فقد جعل فقهاء الشريعة يشددون في الإثبات الذي يؤدي الى إقامة الحد . فاشتروا شهود رؤيا للركن المادي في الجريمة ومكانها وزمانها ، وأن تتفق شهادتهم وألا يُعدل أحدهم عن شهادته ، وألا تكون هناك شهادة تنفيها . واشتروا للأخذ باعتراف المدعى عليه ألا يعدل عنه .

ومن ثم كان تطبيق الحدود نادر الحصول عملاً ، ولا زال كذلك في دولتين عربيتين تتمسكا بتطبيق أحكام القرآن ، وهما المملكة العربية السعودية واليمن .

وليس معنى امتناع تطبيق الحد ألا توقع عقوبة على المدعى عليه ، وإنما إذا اقتنع القاضي بارتكابه الجريمة ، دون أن تتوافر الشروط السابقة المتعلقة بارتكابه الجريمة أو بأدلة الاثبات ، فإنه يوقع عقوبة تعزيرية يقدرها هو حسب ظروف المجرم . وعلى هذا الأساس تعتبر نصوص قوانين العقوبات في الدول العربية غير متعارضة مع أحكام القرآن ، فهي تطبق في الحالات التي لا تتوافر فيها شروط تطبيق الحدود<sup>(٢)</sup> .

وعلى هذا نصت المذكرة التفسيرية لقانون الجزاء الكويتي رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ بقولها انه :

« ليس هناك أي تعارض بين قانون الجزاء الذي يصدر اليوم في الكويت وأحكام الفقه الاسلامي . . . ذلك أن الفقه الإسلامي ، فيما عدا الحدود ، فتح باب التعزير واسعاً للقاضي يدخل منه الى تحديد الأعمال المعاقب عليها وإلى تقرير العقوبة في كل عمل . فإذا جاء ولي الأمر ورسم للقاضي حلوذاً واضحة لهذه الأعمال وتقديراً مرناً لهذه العقوبات ، فإنه لا يخرج على المبادئ المسلم بها في الفقه الاسلامي ، ويكون هذا من

(١) نص القرآن على السارق وليس على السرقة ، والسارق هو من اعتاد على السرقة .

(٢) الدكتور محمود مصطفى : المرجع السابق رقم ٣٤ ص ٣٧ - ٣٨ .

باب تخصيص القضاء ، والقضاء يتخصص بالمكان والزمان وبالموضوع وبالأشخاص كما هو معروف عند الفقهاء . وجاء في ذيل هذه المذكرة ما يأتي : « كل الجرائم الواردة في هذا القانون إنما هي من ضروب التعزير ، خصص ولي الأمر فيها القضاء من حيث الموضوع فأوجب عليه أن يحكم في هذه الجرائم دون غيرها ، وأن يحكم بعقوبات عيّن له حدودها القصوى فلا يجاوزها ، ولكن يجوز له أن ينزل عنها الى الحد الذي يراه ، ناظراً في ذلك الى ظروف كل قضية وما يحيط بالجاني من ملابسات شخصية . وليس في كل ذلك إلا مسايرة للمبادئ المقررة في باب التعزير ، كما دونها فقهاء الشريعة »<sup>(١)</sup> .

#### (٤) قضاء الأحوال الشخصية والمواريث :

قضاء الأحوال الشخصية : ويشمل النظر في القضايا التالية : ١ - الولاية على الأيامي في عقود نكاحهن من أكفأتهن عن عدم وجود أولياء لهم . ٢ - الولاية على فاقدتي الأهلية من الصغار والمجانين والمحجور عليهم من السفهاء . وكذلك حفظ أموال الغائبين . ٣ - تقدير نفقة الزوجة والأقارب والحكم بها . ٤ - النظر في الأوقاف والوصايا<sup>(٢)</sup> .

قضاء المواريث : قواعد الإرث ضرب من الرياضيات ، لا يمكن اتقانها إلا بعد تمرين وممارسة . ولقد كان علي بن أبي طالب من أعلم الصحابة بالمواريث . ولهذا قال النبي عنه :

« أنضاكم علي » . وقد عُرف في بعض فترات التاريخ الاسلامي أن وُجد قاض متخصص في المواريث ، فقد جاء عند البعض<sup>(٣)</sup> : « إن أبا الجيش فوّض الى القاضي محمد بن عبدة بن حرب مع القضاء النظر في : المظالم ، والمواريث » .

#### (٥) قضاء المظالم أو القضاء الإداري :

وهو سلطة قضائية تنظر في ظلمات الأفراد والجماعات من الولاية والجباة والحكام ، وأبناء الخلفاء والأمراء والقضاة . وكان بعض ما يختص بنظره قاضي المظالم ما لا يحتاج الى ظلامة متظلم وإنما ينظره من تلقاء نفسه : مثل تعدي الولاية على الأفراد أو الجماعات من الرعية ، وجور الجباة فيما يجبونه من الأموال ، ورد ما اغتصبه ولاية الجور وأصحاب النفوذ والبطش . وبعضها موقوف نظره على طلب من المتظلم : مثل تظلم المرتزقة من نقص أرزاقهم أو تأخرها عنهم وإجحاف النظر بهم ، وتنفيذ أحكام القضاة التي تعذر تنفيذها لعلو قدر المحكوم عليه وعظم خطره<sup>(٤)</sup> .

(١) هذه المذكرة التفسيرية مذكورة عند الدكتور محمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص ٣٩ هامش رقم ١ .

(٢) الدكتور صبحي محمصاني الجتهود في الحق ص ١٣٥

(٣) الكندي : الولاية والقصة ص ٥١٦ .

(٤) أبو الحسن الماوردي : الأحكام السلطانية ص ٨٩ وما بعدها .

وأغلب هذه الأمور تتعلق بمقاضاة رجال الدولة ، كما تتعلق بتظلم موظفي الدولة من تعسف رؤسائهم ، ولهذا فهو أشبه ما يكون بالناحية الغالبة على اختصاصاته بالفضاء الإداري<sup>(١)</sup> .

ومن شروط الناظر في المظالم أن يكون جليل القدر ، نافذ الأمر ، عظيم الهبة ظاهر العفة ، لأنه يحتاج في نظره الى سطوة الحماية وتثبت القضية<sup>(٢)</sup> .

وقضاء المظالم عُرف من قديم ، فقد كان ملوك الفرس يرونه من قواعد الملك وقوانين العدل الذي لا يعم الصلاح إلا بمراعاته ، وأدرك العرب في الجاهلية ما له من أهمية فعمدت قريش حلفاً على رد المظالم وانصاف المظلوم من الظالم<sup>(٣)</sup> .

وكان أول من جلس للمظالم من الخلفاء المسلمين عليّ بن أبي طالب ، وأول من خصص يوماً للمظالم عبد الملك بن مروان . وكان قضاء المظالم يُفقد أولاً في المساجد ، كغيره من المحاكم القضائية ، ثم بنى بعض الملوك له ديواناً ، ومنهم من خصص له بناء مستقلاً وسماه دار العدل<sup>(٤)</sup> .

#### ٤٦ - (ثانياً) - الاختصاص حسب قيمة الدعوى :

عرف التنظيم القضائي الاسلامي كذلك تخصيص القاضي بنوع من القضايا التي تكون قيمة النزاع فيها لا تتجاوز مبلغاً معيناً ، كما هو معمول به حالياً في التنظيم القضائي اللبناني . فهذا عمر بن الخطاب يقول لأحد قضاته حين عيّنه : « رد عني الناس في الدرهم والدرهمين » .

ويقول الماوردي في بحث النظر الخاص أو تحديد سلطات القاضي<sup>(٥)</sup> : « فأما النظر الخاص : فهو أن يقلد النظر ... في نصاب مقدر من المال لا يتجاوزه ، فهذا جائز ويكون مقصور النظر على ما قلد . قال أبو عبد الله الزبيري : لم يزل الأمراء عندنا بالبصرة برهة من الدهر يستقصون على المسجد الجامع قاضياً يسمونه قاضي المسجد يحكم في ما يتي درهم وعشرين ديناراً فما دونها ويفرض التفقات ولا يتعدى بها موضعه ولا ما قدر له » .

وقال الماوردي أيضاً<sup>(٦)</sup> : « وإذا قلد النظر في نصاب مقدر بمائتي درهم فنظر فيها

(١) الدكتور محمد سلام مذكور : المرجع السابق ص ١٤٢ ، الأستاذ علي منصور : المرجع السابق ص ٣٣٢ ، الأستاذ ظافر الفاسي : المرجع السابق ص ٥٦٩ حتى ٥٧٤ .

(٢) أبو الحسن الماوردي . الأحكام السلطانية ص ٨٦ .

(٣) الدكتور محمد سلام مذكور . المرجع السابق ص ٨٧ .

(٤) الدكتور محمد سلام مذكور . المرجع السابق ص ١٤٥ .

(٥) أدب القاضي - ج ١ رقم ١٥٦ ص ١٧٣ .

(٦) أدب القاضي - ج ١ رقم ١٥٨ ص ١٧٤ .

بين خصمين ، جاز أن ينظر بينها ثانية في هذا المقدار ، وثالثة .

وإذا كان بين شريكين أربعماية درهم ، فأراد أن ينظر فيها ، جاز ، إذا كانت دعوى الشريكين متفرقة ، ولم يجوز إن كانت دعواهما واحدة .

وإذا أراد أن ينظر في عروض قيمتها مائتا درهم ، جاز ، إلا عن نهي ، تغليبا لحكم التقدير ، دون الجنس . . . » .

#### ٤٧ - (ثالثاً) - الاختصاص الشخصي للمحاكم :

الاختصاص قد يكون عدوداً بالأشخاص كأن يقتصر على بعض أهل البلد : كأن يكون القاضي للعرب أو للعجم فقط دون غيرهم<sup>(١)</sup> ، أو أن يكون قاض للجنود دون غيرهم .

قاضي الجنود أو العسكر : وكذلك فقد خصص قضاة للجنود أو العسكر ، فقد ذكر البعض<sup>(٢)</sup> : « وإن كان قاضي عسكر ، وصي بنحوما يوصى به القاضي ، وإن يتخذ معه كاتباً يكتب للناس . وأن يقبل من الجنود من كان ظاهره العدالة . . وأن يكون له منزل معروف ، يُقصد فيه إذا نصبت الخيام ، وأحسن ما يكون ذلك عند يمين الأعلام السلطانية » ، ثم أشار إلى بعض اختصاصاته فقال : « وأن يكون مستعداً للأحكام التي يكثر فصلها في العسكر : كالفنائم ، والشركة ، والقسمة ، والمبيعات ، والرد بالعيب . وأن يسرع في فصل القضاء بين الخصوم ، لتلا يكون في ذلك تشاغل عن مواقع الحرب ومقدماته » .

#### ٤٨ - (رابعاً) - الاختصاص المكاني للمحاكم :

الاختصاص المكاني للمحكمة هو أن يقيد القاضي بالقضاء في بلدة معينة أو منطقة معينة ، فلا يكون له اختصاص على جهة أخرى غيرها .

فقد جاء في تاريخ قضاة الأندلس<sup>(٣)</sup> : « المنصوص جواز قاضيين في بلد واحد أو أكثر ، كل مستقل ومختص بناحيته . . » .

وجاء عند الماوردي<sup>(٤)</sup> : « ويجوز أن يكون القاضي عام النظر خاص العمل ، فيقبل النظر في جميع الأحكام في أحد جانبي البلد أو في محلة معينة منه ، فينفذ جميع

(١) الدكتور صبحي محمصاي . المحققون في الحق ص ١٣٧ .

(٢) الفلقشندي : صبح الأعشى ج ١١ ص ٩٦ مذكور عند القاسمي ص ٢٦٠ وانظر في الموضوع الأستاذ طاهر القاسمي : المرجع السابق ص ٢٥٨ حتى ٢٦٣

(٣) الناعمي للمالقي . ص ١٤٠

(٤) الأحكام السلطانية ص ٨١

أحكامه في الجانب الذي قلده والمحلة التي عيتت له ، وينظر فيه بين ساكنيه والطارئين اليه » .

الأصل في الاختصاص محكمة مقام المدعى عليه : وقال الماوردي في أدب القاضي<sup>(١)</sup> : « فإن أراد الطالب أن يستعدي قاضي المطلوب على خصمه ، وجب عليه أن يعديه ، ويحكم بينهما ، في جانبه ، لحصولها في عمله » .

ثم أضاف الماوردي<sup>(٢)</sup> : « فإذا اجتمعا - القاضيان - على سماع الدعوى ، تفرد بالحكم بينهما قاضي المطلوب - أي قاضي المدعى عليه - دون الطالب » .

---

(١) ج ١ ص ١٥٧ .

(٢) أدب القاضي ج ١ ص ١٦٢ .

## الفصل الثالث

### قواعد المحاكمة والإثبات والحكم

٤٩ - تقسيم :

سيقسم هذا الفصل على النحو الآتي :

المبحث الأول : قواعد المحاكمة .

المبحث الثاني : الإثبات أمام القضاء الإسلامي .

المبحث الثالث : الحكم .

### المبحث الأول

#### قواعد المحاكمة في الإسلام

(أ) إجراءات المحاكمة :

٥٠ - (أولاً) - انتهى لمجلس القضاء بالصلاة والدعاء :

جاء في أدب القاضي للماوردي عند بحثه آداب القاضي<sup>(١)</sup> : « ويصلي عند التأهب للجلوس ركعتين . . ويدعو الله بعدها . . وكان رسول الله إذا خرج من بيته قال : اللهم أني أعوذ بك أن أزل أو أزل ، أو أضل أو أضل ، أو أظلم أو أظلم ، أو أجهل أو يجهل علي . . . أو أعتدي أو يُعتدي علي . اللهم أعني بالعلم ، وزيني بالحكم ، وأكرمني بالتقوى ، حتى لا أنطق إلا بالحق ، ولا أقضي إلا بالعدل .

« ويستحب أن يقول هذا إذا جلس للحكم ، ثم يشرع في نظره . . » .

وجاء في كتاب تاريخ قضاة الأندلس<sup>(٢)</sup> عن القاضي عماد بن محمد اللخمي انه :

(١) ج ١ رقم ٢٨٥ ص ٢١٨ .

(٢) النباهي المالقي . ص ١٣٤ .

« كان من شأنه - إذا اق المسجد للحكم فيه بين الناس - يتركع ، ويتضرع الى الله ، ويلج في الدعاء ، ويسأله أن يحمله على الحق ، ويعينه عليه ، ويرشده للصواب . وإذا فرغ من الحكم ، يتركع ، ويستقبل الله تعالى ، يسأله العفو والمغفرة عما عسى أن يكون صدر عنه ، مما تلحقه تبتة في الآخرة » .

٥١ - (ثانياً) - مجلس القاضي :

يقول الماوردي (١) : « فأما اللباس فينبغي أن يختص بأنظفها ملبساً ، ويخص يوم نظره بأفخر لباسه جنساً ، ويستكمل ما جرت به العادة بلبسه ، من العمامة والطيلسان ، وأن يتميز بما جرت به عادة القضاة من القلائس ، والعمائم ، والطيلاسة السود . . ويكون نظيف الجسد ، يأخذ شعره ، وتقليم ظفره ، وإزالة الرائحة المكروهة من بدنه . . . » .

٥٢ - (ثالثاً) - مجلس القاضي أو قاعة المحاكمة :

يقول الماوردي (٢) : « وأما مجلسه في الحكم ، فينبغي أن يكون فسيحاً ، لا يضيق بالخصوم ، ولا يسرع فيه الملل . . . ويختص فيه بمقعد وسادة ، لا يشاركه غيره فيها . وليكن جلوسه في صدر مجلسه ، ليعرفه الداخل عليه بندية النظر . . » .

٥٣ - (رابعاً) - الجلوس للقضاء بصفاء فكر وسكون قلب :

فإذا أراد القاضي الجلوس للقضاء : « فليجلس وهو فارغ القلب ، لا يهيمه إلا النظر في أمور المتظلمين ، وإن تغيرت حاله بغضب أو غم أو سرور مفرط أو وجع ، أو اعتراه نوم أو جوع ، فليقم الى أن يزول ما به ثم يجلس » (٣) .

ذلك أن من آداب القاضي أن لا يتصدى للمحاكمة إذا كان فكره مشوشاً يمنعه من صفاء التفكير والفهم والقضاء (٤) . لذا ، قال الماوردي أنه إذا لحق القاضي حال ، تغير فيها عقله أو خلقه أو فهمه ، من غضب أو حزن أو فرح أو مرض أو جوع أو عطش ، توقف عن القضاء حتى يعود الى سكون نفسه ، وكمال عقله ، وهدهو طبيعه ، وظهور فهمه . واستشهد ، بخصوص الغضب بحديث شريف : « لا ينبغي للقاضي أن يقضي بين اثنين وهو غضبان » (٥) .

٥٤ - (خامساً) - إعلام الناس عن الشروع في المحاكمة :

جاء عند البعض (٦) : ان القاضي شريح : « إذا جلس للقضاء ، ينادي مناد من

(١) أدب القاضي ج ٢ رقم ٢٩٤٣ ص ٢٤٢ - ٢٤٣ .

(٢) أدب القاضي ج ٢ ص ٢٤٠ .

(٣) الدكتور محمد سلام مذكور : المرجع السابق ص ٤٨ .

(٤) الدكتور صبحي حمصاني : المجتهدون في الحق ص ١٤٤ .

(٥) أدب القاضي ج ١ ص ٢١٣ .

(٦) وكيع . إتحاف القصة ج ٢ ص ٣٩٢ .



جانبه : يا معشر القوم . اعلّموا أن المظلوم ينتظر النصر ، وأن الظالم ينتظر العقوبة .  
فتقلّدوا يرحمكم الله . . . » .

٥٥ - (سادساً) - الأصل علانية المحاكمات :

إن الذي كان عليه قضاء النبي محمد ﷺ والخلفاء من بعده ، هو العلانية في المسجد أو في مكان عام كالسوق لا يمنع أحد من دخوله . فالأصل في القضاء الإسلامي هو العلانية حتى تكون الدعوى معلومة فيدخل في الخصومة من يجد أنها تتعدى إليه ، إلا إذا رأى القاضي نظر الخصومة بعد ذلك في جلسة خاصة لمصلحة تقتضي ذلك<sup>(١)</sup> .

٥٦ - (سابعاً) - سَمَتَ ووقار القاضي<sup>(٢)</sup> :

« وأما سَمَتُهُ : فينبغي أن يكون في مجلس الحكم غاضَّ السَّطَرَفِ<sup>(٣)</sup> ، كثير الصمت ، قليل الكلام ، يقتصر كلامه على سؤال أو جواب ، ولا يرفع بكلامه صوتاً ، إلا لزجر أو تأديب ، وليقلل الحركة والإشارة ، وليقف من أعوانه بين يديه من يستدعي الخصوم إليه ، ويرتب مقاعد الناس في مجلسه ، ويكون مهيباً ، مأموناً ، لينصان به مجلسه ، وتكلم به هيئته<sup>(٤)</sup> . »

٥٧ - (ثامناً) - إدخال الخصوم :

ويقول الماوردي في آداب القضاة مع الخصوم<sup>(٥)</sup> : « ويبدأ بالنظر بين من سبق من الخصوم ، ولا يقدم مسبقاً إلا باختيار السابق . ويجمع بين الخصمين في دخولها عليه ، ولا يستدعي أحدهما قبل صاحبه ، فتظهر به مائلة المتقدم ، وتضعف فيه نفس المتأخر ، بل يسوي في المدخل بين الشريف والمشروف<sup>(٦)</sup> ، والحر والعبد ، والكافر والمسلم . »

٥٨ - (تاسعاً) - سقوط سنة السلام أو التحية :

« وحضور الخصوم في المحاكمة يسقط عنهم سنة السلام ، فإن سلّما جميعاً رد القاضي عليهما وإن سلّم أحدهما . . . فقد منع بعض الفقهاء من الرد . . . لأن الخصم أوقع السلام في غير موقعه ، فلم يستحق الرد عليه<sup>(٧)</sup> . »

٥٩ - (عاشراً) - أنصاف الخصوم :

قال الماوردي<sup>(٨)</sup> : « فال الشافعي : وينبغي للحاكم أن ينصف الخصمين في

(١) الدكتور محمد سلام مذكور . المرحع السابق ص ٤٩

(٢) السَمَتُ : الهيئة والوقار (معجم الرائد ص ٨٣٧)

(٣) السَّطَرَفُ : البصر (المجد في اللغة ص ٤٨٠)

(٤) الماوردي . أدب القاضي ج ٢ رقم ٢٩٤٥ ص ٢٤٤ .

(٥) أدب القاضي ج ٢ رقم ٢٩٦٩ ص ٢٤٩ .

(٦) المشروف : الأكثر شرفاً (المجد في اللغة ص ٣٩٥)

(٧) الماوردي . أدب القاضي ج ٢ ص ٢٥٨

(٨) أدب القاضي ج ٢ ص ٢٤٠ و ٢٤١ .

المدخل عليه ، للحكم ، والاستماع ، والإنصات لكل واحد منهما ، حتى تنفذ حجته ، ولا ينتهرهما .

« واعلم أن القضاة زعماء العدل والانصاف ، ندبوا لأن يتناصف بهم الناس ، فكان أولى أن يكونوا أنصف الناس .

» روي . . ان النبي قال : من أبطل بالقضاء بين الناس ، فليعدل بينهم في لحظه ، وإشارته ، ومقعدته ، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين ، ما لم يرفع على الآخر .

٦٠ - (حادي عشر) - العدل والمساواة بين الخصوم في المحاكمة :  
على القاضي أن يراعي العدل والمساواة في المعاملات المتعلقة بالخصوم أثناء المحاكمة . ومعنى ذلك ، بعبارة الماوردي<sup>(١)</sup> ، التسوية بين الخصوم في المدخل واللفظ واللفظ والمجلس ، من دون تمييز بين الشريف والمشروف ، والحر والعبد ، والمسلم وغير المسلم . فقد روي عن الخليفة عمر أنه تقاضى وأبى بن كعب إلى القاضي زيد بن ثابت ، في قضية بينهما . فقصدها في داره ، فقال زيد لعمر : « لو أرسلت إليّ لجئتك » . فقال عمر : « في بيته يؤخذ الحكم » . فأتاه القاضي زيد وسأته ليجلس عليها الخليفة عمر ، فقال عمر : « هذا أول جورك ، سو بيننا في المجلس » ، فجلسا بين يديه وسارت المحاكمة على أساس المساواة في المعاملة بين الخصمين . وهذا ما يؤيد ما جاء في كتاب عمر إلى قاضيه أبي موسى الأشعري : « وأس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك ، حتى لا يطمع شريف في حيفك ، ولا يياس ضعيف من عدلك »<sup>(٢)</sup> .

وشبيه بما ذكره رجلان إدعى على الإمام علي ، إذ كان في مجلس عمر ، فالتفت عمر إلى الإمام علي وقال له : « قم يا أبا الحسن ، فاجلس مع خصمك » . فقام الإمام علي ، فجلس معه ، وتناظرا . ثم انصرف المدعي ، ورجع علي إلى عمله ، وهو ممتنع اللون . ولما سأله عمر عما به ، أجاب : « كنتني بحضرة خصمي . هلاً قلت : قم يا علي ، فاجلس مع خصمك » . فاعتنق عمر علياً ، وقيل وجهه ، وهو يقول : « بأبي أنتم ، بكم هذان الله ، وبكم أخرجنا من الظلمة إلى النور »<sup>(٣)</sup> .

وكذلك روي عن القاضي أبي يوسف أنه سمع دعوى اليهودي على الخليفة العباسي هارون الرشيد .

فهل ابلغ من هذه الأمثلة دليلاً على عدالة القضاء في الاسلام ، إذ يقف فيه رئيس

(١) أدب القاضي ج ٢ ص ٢٤٩ وما بعدها

(٢) الدكتور صبحي محمدي : المجتهدون في الحق ص ١٤٦

(٣) الدكتور صبحي محمدي : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٥٩ .

الدولة الإسلامية في المحاكمة جنباً الى جنب مع أحد أفراد الرعية ولو كان من غير المسلمين ؟

وتطبيقاً لذلك نصت المادة ١٧٩٩ من مجلة الأحكام العدلية : « القاضي مأمور بالعدل بين الخصمين بناء عليه يلزم عليه أن يراعي العدل والمساواة في المعاملات المتعلقة بالمحاكمة كاجلاس الطرفين وإحالة النظر وتوجيه الخطاب اليها ولو كان أحدهما من الأشراف والآخر من آحاد الناس » .

٦١- (ثاني عشر) - سؤال الخصوم عن الدعوى :

ثم يسأل القاضي عن الدعوى بعد التأكد من استيفائها وصلاحياتها لأن تسمع ، وليس لأحد الخصوم أن يبدأ الكلام قبل أن يأذن له القاضي . ثم يبدأ الطالب أي المدعي بالكلام ، وليس للمطلوب أو المدعى عليه أن يعارضه قبل استيفاء دعواه ، وإلا منعه القاضي . ثم إذا أنفذ الطالب حجته ، تكلم المطلوب . وعلى كل حال يجب أن يكون كلام الخصم مقصوداً على الدعوى .

وإذا ظهر للقاضي من أحد الخصمين « لئذ » أي شدة في الخصومة ، نهاء القاضي وزجره . وإذا تطاول بالشتم والفحش والتمانع عن الحق والخروج عن الواجب ، كان للقاضي أن يؤذبه ويحبسه<sup>(١)</sup> .

وتيجوز امهال المدعى عليه للجواب اذا طلب ذلك دون قصد الماطلة<sup>(٢)</sup> .

٦٢- (ثالث عشر) - القاضي لا يلقن الخصوم :

ومن العدالة في المحاكمة أن لا يلقن القاضي أحد الخصمين ، ولا يضحك اليه ولا يمزح معه ولا يتطلف به ولا يلقنه حجته ، لأن هذه الأشياء كلها تهمه وعليه الاحتراز عنها .

وتطبيقاً لذلك نصت المادة ١٧٩٨ من مجلة الأحكام العدلية على أنه : « يجب على القاضي أن لا يعمل أفعالاً تسبب التهمة وسوء الظن . . كالاختلاء ( مع أحد الخصمين ) في مجلس الحكم ، والإشارة لأحدهما باليد أو بالعين أو بالرأس ، أو التكلّم مع أحدهما كلاماً خفياً ، أو تكلمه مع أحدهما بلسان لا يفهمه الآخر » .

٦٣- (رابع عشر) - تأمين حق الدفاع :

إذا كان من حق المدعي أن تسمع دعواه وتعرف مطالبه ، فإن للمدعى عليه أيضاً حق الدفاع عن نفسه ، وذلك بالاعتراض على البينة المقدمة من المدعي ، أو بتقديم أوجه الدفاع عن حقوقه وسماع دفعه بشأن الدعوى .

(١) الدكتور صبحي عمصالي : للمحتفلون في الحق ص ١٤٧

(٢) الدكتور عماد سلام مذكور : المرجع السابق ص ٥١ .

وقد قال الامام علي ، عندما بعثه النبي قاضياً الى اليمن : « تبعثني الى قوم أسنّ مني ، وأنا حديث لا أبصر القضاء ، فوضع الرسول يده على سديري ، وقال اللهم ثبت لسانه ، وأهد قلبه . يا علي ، إذا جلس اليك الخصمان ، فلا تقض بينهما حتى تسمع من الآخر ، كما سمعت من الأول . فإنك اذا فعلت ذلك ، تبين لك القضاء . أو قال : فإنك تدري بما تقضي » .

وتدليلاً على حق الدفاع في القضاء الإسلامي ، رويت حادثة طريفة عن عمر بن الخطاب . وتتلخص في أنه أتى عمر رجلاً فقتل عبته ، فطلب اليه عمر إحضار خصمه . ولما تردد ، قال له عمر : « فلعلك قد فقت عيني خصمك معاً » . وبالفعل لما حضر الخصم ، تبين أنه قد فقت عيناه الإثنان . فقال عمر : « اذا سمعت حجة الآخر ، بأن القضاء » . ولم يعرف لعمر في ذلك مخالف من الصحابة<sup>(١)</sup> .

٦٤ - (خامس عشر) - سماع الشهود :

تدوين اسماء الشهود وصفاتهم : ذكر البعض<sup>(٢)</sup> أنه يجب على القاضي « أن يثبت اسماء الشهود (وكناسم ، ويرفع في أنسابهم ، ويذكر ما هم عليه ) من صنائع ومكاسب ، وبقاع مساكنهم ، ويثبت حلالهم وأوصافهم . . . لئلا تشبه الأسماء والأنساب » .

تفريق الشهود : وذكر هذا البعض أيضاً<sup>(٣)</sup> أن الشافعي قال : وأحب اذا لم يكن للشهود عقول سديدة أن يفرقهم ، ثم يسأل كل واحد منهم على حدة ، عن شهادته ، واليوم الذي شهد فيه ، والموضع ومن فيه . . واختبارهم يكون بتفريقهم وسؤال كل واحد منهم على انفراده عن صفة شهادته ، في سببها ، وزمانها ، ومكانها ، لورود الشرع بها عند الارتياح . . . وحكي أن سبعة خرجوا في سفر ففقد واحد منهم ، فجاءت امرأته الى علي بن أبي طالب تدعي عليهم قتله ، ففرقهم وأقام كل واحد منهم الى سارية (ووكل به رجلاً) ، واستدعى أحدهم وسأله فأنكر ، فقال علي « الله أكبر » فظنوا حين سمعوا تكبيره أنه كبر على إقرار الأول ، ثم استدعاهم واحداً بعد واحد ، فأقروا ، فقال الأول : أنا ما أقررت . فقال : قد شهد عليك أصحابك » .

التثبت من عدالة الشاهد باليمين : من شروط قبول الشهادة أن يكون الشاهد عدلاً ومجايداً<sup>(٤)</sup> . وإذا كان الظاهر هو العدالة في الناس ، إلا أن هذا لا يمنع القاضي من وجوب البحث والتحري عن حقيقة عدالة الشاهد ، كما كان يفعل الخليفة عمر .

(١) الدكتور صبحي محمصاني . ثراث الخلفاء الراشدين ص ١٨٨ و ١٨٩ .

(٢) للماوردي أدب القاضي ج- ٢ رقم ١٨٦٩ ص ١٥ .

(٣) للماوردي أدب القاضي ج- ٢ رقم ١٨٧٤ ص ١٧ و ١٨ .

(٤) يراجع في حاد الشهود وعلم تحريمهم وموانع الشهادة . لاحقاً فقرة ٦٩ رقم ٢ .

حيث كان يسأل الشاهد عن معرفته بالمدعي ، وعن ظروف ذلك . وكان يلجأ الى تزكية الشاهد اذا اقتضى الأمر ، وذلك بالتحقيق عن عدالته .

وكان بعض الخلفاء الراشدين يخلفون الشاهد اليمين للتمتيع من عدالته . فقد روي ذلك عن عمر بن عبد العزيز ، وعن الإمام علي في إحدى الروايتين عنه .

القاضي لا يتعنت شاهداً : « قال الشافعي <sup>(١)</sup> . ولا يتعنت شاهداً . وهذا صحيح . وغث الشاهد قد يكون من القاضي ، من أحد ثلاثة أوجه . أحدهما - إظهار التنكر عليه ، والاسترابة به ، وهو طاهر السر ، ومفود العقل . والثاني - أن يسأله . من أين علمت ما شهدت ، وكيف تحملت ، ولعلك سهوت . والثالث - أن يتبعه في الفاظه ، ويعارضه . . . . لأن عنت الشاهد قدح فيه ، وميل على المشهود له ، ومُفَضِّ إلى ترك الشهادة عنه . وهكذا لا يجوز أن يضجر على الشاهد ، ولا ينتهره ، لأن الضجر والانتهاز عنت » .

القاضي لا يلغن الشاهد شهادة : كان القاضي شريح يقف موقف القاضي المحايد في سماع البينة ، فلا يلغن الشهود شهادة . وكان يقول للشاهدين إذا كان كلاهما مبهياً ، أو طعن فيها الخصم ، « ما أنا دعوتكما ، وما أنا بمانعكما أن تشهدا ، ولئن رجعتما لم أردكما » . ولكن إذا ترك الشاهد ذكر شيء محتاج إلى إيضاح ، فقد أجاز شريح للقاضي أن يستوضحه عن ذلك <sup>(٢)</sup> .

وقال الماوردي في أدب القاضي بشأن ذلك : « قال الشافعي <sup>(٣)</sup> : ولا ينبغي أن يلغن شاهداً شهادة . يعني : أنه لا يلغن الشاهد ما يشهد به . ولا يجوز أن يبعث الشاهد على الشهادة ، إذا توقف عنها ، ولا يبعثه على التوقف عنها ، إذا باهر إليها ، إلا في الحدود التي تدرأ بالشبهات ، فيجوز أن يعرض له بالتوقف عنها » .

الأصل شفوية الشهادة : فمن القواعد الاجتهادية التي قررها الماوردي أقضى القضاة <sup>(٤)</sup> انه : « لو قال الشاهد بعد أداء رفيقه : أشهد مثل ما شهد به ، لم تصح شهادته حتى يستوفيا كالأول ، لأنه موضع أداء لا موضع حكاية » . وهذا ما يعبر عنه اليوم بقاعدة شفوية الشهادة .

٦٥ - (سادس عشر) - ضبط وقائع المحاكمة كتابة في محضر :  
لم يكن التدوين والتوثيق معروفاً ولا مشروطاً في صدر الإسلام في القضايا ، وإما

(١) الماوردي . أدب القاضي جـ ٢ ص ٢٥٤

(٢) الدكتور صبحي محمدي : المحتدون في القضاء ص ٤٤ - ٤٥ ، وكيع . أخبار القضاة جـ ٢ ص ٢٥٤

٢٩٦

(٣) الماوردي . أدب القاضي جـ ٢ ص ٢٥٧

(٤) أدب القاضي . جـ ١ القلعة ص ٨٠ رقم ٧

كان الخصمان يحضران الى القاضي ويطحران عليه النزاع ، وبعد أن يتبين وجه الصواب ينطق بالحكم بينهما . ولما تقدمت المدنية ، وإزدادت القضايا ، وكان عصر التدوين ، قال الفقهاء ان على القاضي أن يتخذ له كتاباً ، إذ قد يجد أنه لا بد من الكتابة . على أن كتابة وقائع المحاكمة كانت أمراً موقوفاً على رغبة القاضي ، وإذا طلبها الخصوم فيتعين وجوب ذلك وفقاً للمذهب الحنفي والحنبلي . ولما كانت مسألة تدوين المحاضر من المسائل الاجتهادية ، التي لم يرد فيها نص مانع أو أمر ، فإنها تخضع لما تقتضيه مصالح الناس التي يقدرها الحكام ، فإذا أمروا بالتدوين كان ذلك واجباً شرعاً<sup>(١)</sup> .

## (ب) - أصول المحاكمة في كتاب عمر الى الأشعري :

٦٦ - أهمية الكتاب في رسم أصول المحاكمة والقضاء .  
ويأتي ، بعد سنة النبي<sup>(٢)</sup> ، على رأس النصوص الخاصة بأصول المحاكمات والقضاء في الاسلام ، الكتاب الذي قيل ان عمر بن الخطاب بعث به الى أبي موسى الأشعري . وقد عمل بعض العلماء على نقله الى اللغات الأجنبية ، وكان الأستاذ اميل تيان من ترجمه الى الفرنسية في كتابه « تاريخ التنظيم القضائي في بلاد الاسلام »<sup>(٣)</sup> .

وقد اعتبره الفقهاء والمؤرخون من جملة النصوص الهامة ، التي تدل على سياسة القضاء وتدبير الحكم في الاسلام ، ولكن بعض العلماء الباحثين ، من القدامى ابن حزم<sup>(٤)</sup> ومن المحدثين الأستاذين تيان وميو<sup>(٥)</sup> ، قد تشككوا في صحة نسبة هذا الكتاب الى عمر بن الخطاب .

وقد ورد هذا الكتاب في مراجع متعددة<sup>(٦)</sup> ، وقد اعتمدنا على رواية الأستاذ ظافر

(١) الدكتور محمد سلام مذكور : المرجع السابق ص ٤٩ .

(٢) السنة يقابلها بالفرنسية كلمة Tradition وليس Coutume التي تعني العرف .

(٣) I Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam, op cit., T. I p. 23 Morge 3.

(٤) ومن ترجمه الى الانكليزية Margoliouth ، رآى الالمانية Hammer مذكورين عند الأستاذ تيان بذات المرجع والمكان .

(٥) ابن حزم الأندلسي : المحلى جـ ١ ص ٥٨ وما بعدها مذكور عند ظافر القاسمي ص ٤٨

(٦) Tyan : op cit. T. I pp 106-113; Millot op. cit. N° 856 p 692 (٥)

(٦) ابن خلدون : المرجع السابق ص ١٧٤ ؛ الأستاذ ركي الدين شعبان : المرجع السابق ص ١١ هامش ١٢  
الدكتور محمد سلام مذكور . المرجع السابق ص ٢٧ و ٢٨ ؛ أبو الحسن الماوردي : الأحكام السلطانية ص ٨٠  
الرئيس خليل جريج معهد الدروس القضائية في خدمة القضاء ص ٢٤٢ ؛ الدكتور علي شلق :  
الفاوق عمر بن الخطاب ص ٦٦ وما بعدها بيروت دار المسيرة ؛ الأستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٤٣٩  
وما بعدها وقد أورد في صفحة ٤٤٤ و ٤٤٥ مواضيع ورود الكتاب في مراجع أخرى وهي : عيون الأحرار  
لاس فتية جـ ١ ص ٦٦ - البيان والشين للملاحظ جـ ٢ ص ٦٩ - الكامل للمبرد ص ٩ - المبسوط للسرحدي  
جـ ١٦ ص ٦٠ حتى ٦٥ - السنن الكبرى للبيهقي جـ ١٠ ص ١٨٢ - اخبار القضاة لوكيع جـ ١ ص ٧١ وما

القاسمي في كتابه : « نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الاسلامي - السلطة القضائية »<sup>(١)</sup> ، لأنه تحقق علمياً من جميع الروايات الواردة فيه ، وهذا هو نص الكتاب كما هو وارد عنده :

« أما بعد ، فإن القضاء فريضة محكمة<sup>(٢)</sup> ، وسنة متبعة<sup>(٣)</sup> ، فافهم إذا أدلي اليك<sup>(٤)</sup> ، فإنه لا ينفع تكلم يحق لا نفاذ له .

واس بين الاثنين في مجلسك ووجهك<sup>(٥)</sup> ، حتى لا يطمع شريف في حيفك<sup>(٦)</sup> ولا يئأس وضع من عدلك .

« الفهم ، الفهم فيما يتلجلج في صدرك ، ويُشكل عليك ، ما لم ينزل في الكتاب ، ولم تجر به سنة .

وأعرف الأشباه والأمثال ، ثم قس الأمور بعضها ببعض ، فانظر أقربها الى الله ، وأشبهها بالحق ، فاتبعه واعمد اليه .

لا يمنعك قضاء قضيتَه بالأمس ، راجعت فيه نفسك ، وهُدِيَتْ فيه لرشدك ، أن ترجع عنه ، فإن مراجعة الحق خير من التماذي في الباطل .

المسلمون عدول بعضهم على بعض ، إلا مجلدوا حدًّا<sup>(٧)</sup> ، أو مجرباً عليه شهادة زور ، أو ظنيّاً في ولاء أو قرابة .

واجعل لمن ادّعى حقاً غالباً أمداً ينتهي اليه ، أو بينة عادلة ، فإنه أثبت للحجة ، وأبلغ في العذر ، فإن أحضر بينة الى ذلك الأجل أخذ بحقه ، وإلا وجهت عليه القضاء .

البينة على من ادّعى ، واليمين على من أنكر<sup>(٨)</sup> .

---

= بعدها ٢٨٣ و ٢٨٤ - الأحكام السلطانية لأبي يعلى الفراء ص ٥١ حاشية رقم ٩ - سس الدار قطني ص ٥١٢ - سيرة عمر بن الخطاب لابن الجوزي ص ١٣٥ ؛ الدكتور صبحي محمصا . تراث الحلفاء الراشدين ص ١٦٨ .

(١) ص ٤٤٠ حتى ٤٤٢ .

(٢) أي مقطوع بها ليس فيها احتمال الغناء Immuable ولا تأويل ( السرحسي في المسوط ج ١٦ ص ٥٩ وما بعدها مذكور عند طائر القاسمي ص ٤٤٥ ) وسنقدم ما جاء عنده في شرح عبارات الكتب التالية (

(٣) طريق مسلوكة في الدين يجب اتباعها حل كل حال .

(٤) أي فاسمع كلام كل واحد من الخصمين والفهم مراده .

(٥) أي سؤيب الاثنين في مجلس القضاء وفي النظر اليها .

(٦) الحيف : الظلم .

(٧) الحد : العقاب .

(٨) هذه الجملة مروية عن النبي .

إن الله تولى منكم السرائر<sup>(١)</sup> ، ودرأ عنكم الشبهات .

وإياك والعلق<sup>(٢)</sup> ، والضجر ، والتأذي بالناس ، والتكر للخصم<sup>(٣)</sup> في مجالس القضاء التي يوجب فيها الله الأجر ، ويحسن فيها الذخر . فإنه من حسنت نيته ، وخلصت فيها بينه وبين الله ، كفاء الله ما بينه وبين الناس . والصلح جائز فيما بين الناس ، إلا ما أحل حراماً<sup>(٤)</sup> ، أو حرم حلالاً .

ومن تزين للناس ، بما يعلم الله منه غير ذلك ، شأنه الله ، فما ظنك بثواب غير الله في عاجل دنيا ، وآجل آخرة . والسلام » . انتهى .

---

(١) أي أن المحق والمبطل ليس للقاضي طريق إلى معرفته حقيقة ، فإن ذلك غيب ، ولا يعلم الغيب إلا الله ولكن الطريق للقاضي العمل بما يظهر عنه من الحجة .

(٢) العلق : الغضب ( المتحد في اللغة ص ٥٨٦ ) .

(٣) بأن يقطب وجهه إذا تقدم إليه خصمان .

(٤) وهذه الجملة مروية عن النبي وفيها دليل على حواز الصلح ، وعلى أن القاضي مأمور بدعوة الخصم إلى التصالح



## المبحث الثاني

### الإثبات أمام القضاء الإسلامي<sup>(١)</sup>

#### ٦٧- (أولاً) - أهمية الإثبات :

لا بد للقاضي عند إجراء المحاكمة بين المتخاصمين ، وسماع المدعي وأدلته ، وسماع المدعى عليه ودفاعه ، من معرفة حقيقة وقائع القضية وذلك بالاستعانة بوسائل الإثبات ، وتسمى البينات . والبيّنة - كما يقول ابن القيم - اسم لكل ما يبين الحق ويظهره .

واستثبات الوقائع بطرق البينات أمر لازم لإحقاق الحق ، وتفادي الظلم ، وكشف الإدعاءات الكاذبة . وقد تنبه النبي ﷺ الى ضرورة اشتراط الاثبات منعاً للظلم والتجني على الناس ، فقال : « لو يعطى الناس بدعواهم لادّعى ناس دماء رجال وأموالهم »<sup>(٢)</sup> .

#### ٦٨- (ثانياً) - عبء الإثبات :

إن من القواعد الكلية في القضاء الإسلامي أن « الأصل براءة الذمة » وأن « البيّنة على المدعي » لا يثبت ما يدعيه عكس هذا الأصل

وهذه القاعدة ، المعروفة اليوم في القوانين الحديثة ، تعتبر من المسلمات الفقهية في الاسلام في القديم والحديث . وتعد من الضمانات القضائية الأساسية ، ومن متفرعات الحرية الشخصية في النظام الاسلامي . فمقتضى هذه القاعدة ، يعتبر الانسان زئناً من أي جريمة أو التزام ، ومن ثم لا يظالمه أي عقاب ولا يجبر على أداء أي شيء أو عمل ،

(١) الدكتور محمد سلام مدد المرجع السابق ص ٧١ - ٩٦ ؛ الدكتور صبحي محصاني ثراث العلماء الراشدين ص ١٨٤ حتى ٢٠٤ - للمحتشدون في القضاء ص ٤٤ حتى ٧٣

(٢) صحيح مسلم ٥ / ١٢٨

إلا لسبب مستند الى دليل حاسم يبلغ حد اليقين .

وقد كرّس النبي هذه القاعدة ، بقوله : « البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر » . وقد تبناها وثبتها الخلفاء والفقهاء جميعاً ، ومنهم الخليفةان عمر وعلي ، اللذان ذكراهما وطبقاها في الواقع .

فقد أشار عمر الى هذه القاعدة صراحة في كتابه الى القاضي الأشعري حين قال : « واجعل ، لمن ادعى حقاً غالباً أو بينة ، أمداً ينتهي اليه . فمن أحضر بينة أخذت له بحقه ، وإلا استحللت القضية عليه ، فإن ذلك أنفى للشك ، وأجلى للمعى »<sup>(١)</sup> .

وكان القاضي شريح يلزم المدعي بإثبات دعواه تحت طائلة ردها ، وكان يقول : « من ادعى قضائي فهو عليه حتى يأتي ببينة الحق » . ويخاطب المدعي بقوله : « خصمك دأؤك ، وشهودك شفاؤك » . ولا يسعني إلا أن أقضي بما يحضرنني من البينة » . « إنما القضاء جبر ، فادفع الجمر عنك بعودين ، يعني الشاهدين »<sup>(٢)</sup> .

#### ٦٩ - (ثالثاً) - طرق الإثبات :

إن طرق الإثبات أمام القضاء الإسلامي عديدة : بعضها موضع اتفاق بين المذاهب جميعاً ، وبعضها فيه خلاف ، وعلماء الأحناف ذكروا طرقاً للإثبات نظمها الحموي في الأبيات الثلاثة الآتية :

سأهدي لمن رام القضا طرقاً له بها يعتدي إن مُظلم الخُطبُ أعضلا  
يمين وإقرار ، نكول ، قسامة ويسنة علم به يا أبا العلا  
كذلك الذي يبدو له من قرائن إذا بلغت حد اليقين فحصل<sup>(٣)</sup>

وطرق الإثبات - كما يراها - ابن قيم الجوزية - هي أي حجة تؤيد الدعوى ، وقد أوصلها في كتابه الطرق الحكمية الى ست وعشرين طريقاً ، واستدل عليها بما ورد فيها من قرآن وحديث صحيح أو فعل من أفعال الرسول في السلم أو الحرب ، في السفر أو الإقامة<sup>(٤)</sup> .

لكن كثيراً من الفقهاء ، ومنهم ابن عابدين<sup>(٥)</sup> ، قد حصروها في أمرين :  
الدعوى ، والحجة .

(١) الدكتور صبحي عمصالي : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٨٥ .

(٢) الدكتور صبحي عمصالي : المجتهدون في القضاء ص ٤٤ ، وكيع : إخبار القضاة ج ٢ ص ٢٢٩ و٢٢٨ .

(٣) الدكتور محمد سلام مذكور : المرجع السابق ص ٧٣ - ٧٤ .

(٤) ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ٣٢٨ و٤٦١ وما بعدها مذكور عند الدكتور مذكور ص ٧٦ هامش رقم ٢ .

(٥) الدكتور محمد سلام مذكور . المرجع السابق ص ٧٧ .

والدعوى - في الإصطلاح الفقهي - قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه ، بينما هي عند القانونيين إمكان الإلتجاء الى القضاء ، أما الترافع فليس حقيقة الدعوى عندهم .

وأما الحجة ، فرأوا أنها سبعة أنواع<sup>(١)</sup> : الإقرار ، والبيّنة ، واليمين ، والنكول ، والقسامة ، وعلم القاضي بما يريد أن يحكم به ، والفرائن الواضحة التي يعتبر الأمر معها في حيز المقطوع به .

وستقتصر هنا على الكلام عن أهم هذه الطرق وهي الآتية : الإقرار ، والبيّنة الشخصية أو شهادة الشهود ، واليمين ، والفرائن ، والأدلة الحسية ، وعلم القاضي

#### (١) الإقرار :

وهو أقوى هذه الطرق ، ومعناه اعتراف المرء على نفسه . ومن قواعد المحاكمات أن « المرء مؤاخذ بإقراره » . والمادة ٢١٠ من قانون أصول المحاكمات اللبناني الجديد تنص على أن : « الإقرار هو اعتراف خصم بواقعة أو بعمل قانوني مدعى بأيّ منهما عليه . . . » والمادة ٢١١ منه تنص على أن « الإقرار القضائي حجة قاطعة على المقر » .

وللاعتداد بالإقرار على المقر - في القانون الوضعي - يشترط حصوله بدون تهديد أو إكراه . وهو ما قالت به الشريعة الإسلامية قبل ذلك . فقد روي عن عمر بن الخطاب قوله : إن الرجل ليس بأمين على نفسه ، إذا جوعته ، أو ضربته ، أو أوثقته . وروي عن القاضي شريح أنه لم يقبل إقرار غلام ضربه مغلومه حتى أقر أنه سرق منه ، فقال شريح : « إنما هو أجيرك ، ولا أجيز اعترافه » . وطلب البيّنة من المدعي على أن الغلام خانه وسرقه . وكذلك روي عن شريح ، أنه جاءه قوم بإنسان وادعوا أنه جرح آخر ، وتهددوه فأقر . وجاؤوا عليه بالبيّنة أنه قد أقر . فرفض القاضي شريح ، لوقوعه تحت تأثير التهديد ، ثم خيّر المدعي عليه بالإقرار أمامه إذا شاء<sup>(٢)</sup> .

لكن التهويل بالضرب الذي لا يؤثر على الإرادة والاختيار لا يعتبر إكراه مفسداً للإقرار ، كما لو أقر شخص بألف ، تحت التهويل بضربه سوط واحد .

وكذلك أجاز عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز خبس المدعي عليه الى أن يقر ، شرط أن توجد في القضية شبهة ضده .

ولا يعتبر الإقرار مشوباً بالإكراه ، إذا حصل بتأثير فحاشة القاضي ، كما لو قام

(١) ان طرق الاثبات في قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد هي : الإثبات بالكتابة ، الإقرار واستجواب الخصوم ، اليمين ، شهادة الشهود ، الفرائن ، للعلية ، الخبرة ( المواد : ١٣١ حتى ٣٦٢ )

وطرق الاثبات في القانون الجزائي هي ذاتها باستثناء اليمين .  
(٢) الدكتور صبحي عمصاني : المجتهدون في القضاء ص ٤٨ - ٤٩ .

بتفريق المدعى عليهم ، واستجواب كل منهم على انفراد ، بصورة دقيقة تُظهر تناقضهم ، وتحملهم على الإقرار ، كما فعل الإمام علي في إحدى أقضيته سالفه الذكر<sup>(١)</sup> .

ويشترط مبدئياً أن يكون الإقرار حاصلاً في مجلس القضاء<sup>(٢)</sup> ، كما يشترط أن يكون صريحاً وكاملاً . وقد روي عن القاضي ابن أبي ليلى قوله<sup>(٣)</sup> : إذا أقر الرجل بمال في ذكر حق من بيع ، ثم قال بعد ذلك لم أقبض المبيع ، فلا يلزمه شيء من المال حتى يأتي الطالب بالبينة أنه قبض المبيع . وقد وافق الإمام الشافعي على هذا القول ، خلافاً للإمام أبي حنيفة ، إذ اعتبر المال لازماً للمقر ، ولا يلتفت إلى ادعائه اللاحق .

وروي كذلك عن ابن أبي ليلى قوله : إذا أقر الرجل في صك أنه مدين بقرض ، ثم أقام البينة على أن الدين أصله مضاربة ، فيبطل عليه إقراره ، ويجعل عليه مضاربة . لكن أبا حنيفة لم يقبل البينة على عكس الإقرار ، ويرى الزام المقر عملاً بإقراره .

والإقرار الصحيح ملزم للمقر ولا يجوز الرجوع عنه . وقد نصت المادة ٢١٥ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أنه : « لا يصح الرجوع عن الإقرار إلا خطأ في الواقع على أن يثبت المقر ذلك » .

وقد روي عن القاضي شريح أن رجلاً اعترف عنده بأمر ، ثم أنكره ، ف قضى عليه بإقراره . فاعترض المحكوم عليه ، قائلاً : « أتقضي عليّ بنبرينة ؟ » ، فأجابته : « شهد عليك ابن أخت خالتك »<sup>(٤)</sup> . أي أنك أقرت على نفسك ف قضيت عليك ، على اعتبار أن الإقرار هو شهادة قلره على نفسه .

وكذلك لم يقبل القاضي ابن أبي ليلى الرجوع عن الإقرار حتى في قضايا الحدود الجزائية . ولكنه اشترط أن يحصل الإقرار بحضور الحاكم . وذلك خلافاً للإمام أبي حنيفة ، الذي جَوَّز قبول البينة على الإقرار خارج مجلس القضاء<sup>(٥)</sup> .

## (٢) البينة الشخصية أو شهادة الشهود :

ماهيتها : عند عدم إقرار المدعى عليه بما ادعاه المدعي ، يتوجب على المدعي أن يقدم البرهان على صحة دعواه . ويكون ذلك غالباً بالبينة الشخصية التي هي في اصطلاح جمهور العلماء مرادفة للشهادة . والشهادة عبارة عن أخبار صادق في مجلس

(١) انظر ساهاًقرة ٦٤

(٢) الدكتور صبيح محمصي . تراث الخلفاء الراشدين ص ١٩٠ - ١٩١ .

(٣) الدكتور صبيح محمصي . المتحدثون في القضاء ص ٤٨

(٤) وكبح أخبار القضاة ج ٢ ص ٢٨٠ .

(٥) الدكتور صبيح محمصي : المتحدثون في القضاء ص ٤٧ - ٤٨ .

القضاء بلفظ الشهادة لإثبات حق على الغير<sup>(١)</sup> . وهي واجبة لقوله تعالى في سورة البقرة : ﴿ ولا يَأْب الشهادة إذا ما دعوا ﴾ ( الآية ٢٨٢ ) ، أي لا يمنعون عن أدائها إذا ما استدعاهم القاضي .

نصاها : الأصل في نصاب الشهادة التعدد ، لقوله تعالى في سورة البقرة : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا نذيتكم بدين إلى أجل مسمى . . استشهدوا شهيدين من رجالكم ، فإن لم يكونا رجلين ، فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تفضل أحدهما فتذكر أحدهما الأخرى ﴾ ( الآية ٢٨٢ ) . والشهادة ثلاث منازل ، رجلان ، ورجل وامرأتان مع فقد أحد الرجلين ، ورجل واليمين ، على تفصيل بين المذاهب<sup>(٢)</sup> .

هل تقبل شهادة الواحد : على الرغم من أن جمهور العلماء يعتبر نصاب الشهادة في القضايا العادية هو شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، إلا أن ابن قيم الجوزية ، الفقيه الحنبلي ، رأى جواز القضاء بشهادة الرجل الواحد إذا عُرف صدقه في غير الحدود الجزائية حتى من دون يمين المدعي . لأن الله تعالى لم يوجب على القضاة إلا بمحكموا إلا بشاهدين أصلاً ، وإنما أمر فقط صاحب الحق أن يحفظ حقه بشاهدين أو شاهد وامرأتين ، وهذا لا يدل على أن القاضي لا يحكم بأقل من ذلك<sup>(٣)</sup> .

وقد حكم النبي ﷺ بالشاهد واليمين على ما روى مسلم عن ابن عباس ، وأبو داود عن أبي هريرة ، والبيهقي عن الإمام علي . ويروى أن عمر وعلي قضيا بذلك ، كما قضى بشهادة الواحد واليمين القاضي تريح وعمر بن عبد العزيز ، وهذا مذهب الشافعي وأحمد والليث في المال وما يتعلق به .

ورد الآخرون شهادة الواحد مع اليمين ، لأنها خلاف القرآن ، ولأن اليمين إنما شرعت في جانب المدعى عليه ولم تشرع في جانب المدعي . وقد جاء الحديث بأن البيعة على المدعي واليمين على من أنكر ، فجعل الرسول من جانب المنكر .

ومع ذلك ، فإن طائفة من قضاة السلف العادلين أجازوا القضاء بشهادة الشاهد

(١) تنص المادة ٢٥٤ أصول محاكمات مدنية لبناني على أنه : « لا تقبل شهادة الشهود ١ - لإثبات العقود وغيرها من التصرفات القانونية . إذا كانت قيمتها تتجاوز ٥٠٠ ليرة أو إذا كانت غير معينة القيمة ٢ - لإثبات ما يخالف أو يخالف ما يشتمل عليه سد حطي ، ولو كانت قيمة المتنازع فيه لا تتجاوز ٥٠ ليرة ٣ - » .

وتنص المادة ٢٥٧ : « يجوز الإثبات بشهادة الشهود مهما كانت قيمة المدعى به في المواد والحالات الآتية ١ - المواد التجارية ٢ - الأعمال المادية ٣ - إذا وجدت دعاية بين حطية ٤ - إذا استحال على الدائن الحصول على بيعة حطية ٥ - إذا ثبت فقدان السد الحطية سبب أجنبي لا يد للمخضم فيه ٦ - إذا ثبت وجود تحايل على القانون لإحراء عقد مخالف للنظام العام أو لوصف الزامي »

(٢) الدكتور محمد سلام مذكور . المرجع السابق ص ٨٤ .

(٣) اسر قيسم الحوزية . الطرق الحكمية ص ٦٦ - ٦٧ ؛ الدكتور صهي المحمصاني . تراث الخلفاء الراشدين ص ١٩٣ - ١٩٤ ؛ المجتهدون في الحق ص ١٨٧ - ١٩٩ ؛ المجتهدون في القضاء ص ٥١ - حتى ٥٤

الواحد من غير يمين المدعي إذا علم صدقه . قال أبو عبيد الله القاسم بن سلام : قضى شريح ، ووزارة بن أبي أوفى بشهادة شاهد واحد دون حاجة ليمين المدعي ، لأن اليمين لمجرد الاستيثاق والتأكد ، والقرض أن الشاهد موثوق به .

وقد أجاز جماعة من الخلف والسلف القضاء بشهادة النساء متفرقات في غير الحدود والقصاص الجزائي ، والراجح أن ذلك يجوز فيما لا يطلع عليه الرجال غالباً . بل روي أن النبي قبل شهادة المرأة الواحدة في الرضاع ، وإن أبي حنيفة وأصحابه يقبلون شهادة النساء منفردات فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة والبركة وعيوب النساء ، لأن ما يقبل فيه قول النساء على أفراد لا يشترط فيه العدد ، كما قبلوا شهادة المرأة في استهلال الصبي للصلاة عليه<sup>(١)</sup> .

حياد الشهود وموانع الشهادة<sup>(٢)</sup> : من شروط قبول الشهادة أن يكون الشاهد بالغاً وعدلاً وعائداً . لذا ، كان من أسباب الطعن على الشهود ورفض سماع الشهادة كون الشاهد صغيراً أو محكوماً عليه<sup>(٣)</sup> ، أو ذا قرى أو على علاقة معينة بأحد الخصوم<sup>(٤)</sup> .

فبالنسبة إلى بلوغ الشاهد ، فقد اشترط جمهور الفقهاء في الشاهد البلوغ . فلذا لم يقبل القاضي ابن شبرمة شهادة الصبيان غير البالغين ، لا بعضهم على بعض ، ولا على غيرهم ، في جميع القضايا .

أما القاضيان شريح وابن أبي ليلى ، فقد قبلوا شهادة الصغار بعضهم على بعض ، وقبل شريح شهادة الصغير المميز . وفيما عدا ذلك ، فقد اعتبر القاضيان شهادة الصغار من نوع قرائن الحال ، التي يخضع قبولها أو رفضها لتقدير القاضي<sup>(٥)</sup> .

وأما بالنسبة إلى عدالة الشاهد ، فهذه العدالة تنتفي إذا كان الشاهد فاسقاً ، أو متهماً أو محكوماً عليه بشهادة زور ، أو بزناً أو بحد جزائي آخر أو ما شابه ذلك<sup>(٦)</sup> ،

(١) الدكتور محمد سلام مذكور : المرجع السابق ص ٨٥ - ٨٦ .

(٢) الدكتور صبيح عمصالي : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٩٦ - ١٩٧ ؛ المحتفلون في القضاء ص ٥٦ حتى ٦٠ .

(٣) تنص المادة ٢٥٩ أصول محاكمات مدنية لبناني على أنه : « لا يكون أهلاً للشهادة ١٠ - من لم يكمل الخامسة عشرة من عمره ٢٠ - من لم يكن سليم الإدراك ٣٠ - من صدرت عليه أحكام جزائية تسقط عنه الشهادة » .

(٤) تنص المادة ٢٦٠ من ذات القانون على أنه : « لا تقبل شهادة الشهود بين الأصول والفروع وبين الزوجين ولو بعد انحلال عقد الزواج . لا تقبل أيضاً شهادة الخدم لمخدومهم الملامين لشخصه ما داموا سخدمته ولا شهادة الوكيل لموكله ولا شهادة الشريك فيما يتعلق بالشركة ولا الكفيل فيما يختص بالتزامات المكفول » . وتضيف المادة ٢٦١ أنه : « يجوز له تسع أقوال للمشار اليهم في المادتين السابقتين يصير يمين على سبيل الاستثناء » .

(٥) الدكتور صبيح عمصالي : للمحتفلون في القضاء ص ٥٩ ؛ وكبح : أخبار القضاة ج ٢ ص ٣٠٨ و ٣١٣ .

(٦) الدكتور صبيح عمصالي : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٩٦ - ١٩٧ .

لذلك لا تقبل شهادة هؤلاء .

وأما بالنسبة الى حياة اليهود وعدم تحيزهم ، فإن من أسباب الطعن عليهم في حيادهم وصدقهم وجود علاقة قرى أو زوجية مع أحد الخصوم ، أو قدام علاقة عمل أو شراكة أو مصلحة معه .

ففي علاقة القرى ، رفض القاضي شريح شهادة الحسن لوالده الامام علي ، في قضية الدرع التي كانت بين الامام واليهودي . أما القاضي ابن أبي ليلى فقد قبل شهادة الولد لأبيه ، ولم يقبل شهادة الأب لابنه ، على اعتبار « أنه يأخذ ماله متى شاء » (١) .

وفي علاقة الزوجية ، فقد قال الامامان أبو حنيفة والشافعي بعدم جواز شهادة أحد الزوجين للآخر ، لوجود تهمة التحيز في الحالين (٢) .

ومن أسباب التحيز في الشهادة وجود علاقة شراكة أو استخدام أو خصومة . لذلك ، كان القاضي شريح يقول : « لا أجيز عليك شهادة خصم ، ولا شريك ، ولا أجير ، ولا دافع مغرم ... » . وقد رد شهادة الشريك لشريكه ، وشهادة الأجير لمن استخدمه ، وشهادة سائق الحاج لسيده لأنه أجيره ، وشهادة الدائن على غريمه الميت (٣) .

شهادة غير المسلم على المسلم : لما كان الأصل ان الشهادة ولاية ، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم ، فإن شهادة غير المسلم على المسلم غير جائزة لغير حاجة أو ضرورة ، لأن الله يقول : « وأشهدوا ذوي عدل منكم » .

أما عند الحاجة والضرورة ، فتصلح شهادة غير المسلم على المسلم ، ومن ذلك الوصية في السفر . فيقول تعالى : ﴿ أو آخرا من غيركم ان أنتم ضربتم في الأرض ﴾ . قال ابن عباس : من غيركم أي من أهل الكتاب ، وهذا موضع ضرورة لأنه في سفر ، ولا يجد من يشهده من المسلمين . وروى عبد الله بن حنبل جواز شهادة غير المسلم على المسلم في الميراث أيضاً حال السفر ، وأجاز مالك شهادة الطبيب غير المسلم حيث لا يوجد طبيب مسلم .

وما دام القائلون بجواز شهادتهم على المسلم يعللون ذلك بالضرورة والحاجة ، فإن ذلك يقتضي قبولهم في كل ضرورة حضراً أو سقراً . يقول ابن قيم الجوزية : « ولو قيل نقبل شهادتهم مع إيمانهم في كل شيء عليم فيه المسلمون لكان له وجه ويكون ندلاً مطلقاً » .

(١) الدكتور صبحي عمصلي : للجهنود في القضاء ص ٥٧ .

(٢) (٣) الدكتور صبحي عمصلي : للجهنود في القضاء ص ٥٨ ، وكبح . أحرار القصة ح ٢ ص ٣٦٨ و ٢٣١ .

والواقع أن مدار الشهادة وفيولها في الحكم ، كونها صالحة لكشف الحق في المسألة ، إذ البينة - كما يقول ابن القيم - « إسم لما بين الحق ويظهره ، وغير المسلم قد يقوم على خبره شواهد الصدق فنبغي قبوله والعمل به » (١) .

كما أن آتي الاستهاد على التباعد والاستهاد على دفع الأموال لمن بلغ من الأيتام جاءتا مطلقتين عن اشتراط الاسلام في الشهود على المسلمين . يقول الله تعالى : ﴿ وأشهدوا إذا تباعدتم ﴾ ، ويقول : ﴿ فإذا دفعتم اليهم أموالهم فأشهدوا عليهم ﴾ . حقاً ، انه اشترط في آية أخرى ، أن تكون الشهادة من ذوي عدل من المسلمين : ﴿ فإذا بلغن أجلهن ، فأمنسكنوهن معروف أو فارقهن معروف وأشهدوا ذوي عدل منكم ﴾ . لكن بالتأمل والنظر في الآية الأخيرة يتبين أنها وردت في أمر يتعلق بمسائل الزواج ، ولذا فإنه يمكن القول بأن شهادة غير المسلم على المسلم لا تقبل في مسائل الأحوال الشخصية مما يتدرج تحت أحكام الأسرة . أما في غير ذلك ، من المسائل المدنية ونحوها ، فإنه تجوز الشهادة مع اختلاف الدين (٢) .

### (٣) اليمين :

من حق المدعي إذا عجز عن اثبات دعواه وانكار المدعى عليه للدعوى أن يطلب من القاضي توجيه اليمين للمدعى عليه على نفي الدعوى (٣) . لقول الرسول : « البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » . وتوجد وقائع يوجه اليمين فيها دون طلب ، كما أنه يوجه الى المدعى نفسه ، كما لو ادعى المدعي بدين أو بحق على ميت ، فإنه لا يحكم له بما ادعى إلا بعد أن يجلف أنه ما استوفاه . وإذا وجه القاضي اليمين ، فإنه يطلب من المدعى عليه أن يجلف ساقه لا بأي شيء آخر لقول الرسول : « من كان حالفاً فليجلف بالله أو ليذر » (٤) .

واليمين ليس طريقاً لإثبات الحق ، وإنما هو وسيلة يوجهها المدعي الى المدعى عليه أملاً في أن يتكل في مجلس القضاء فيفضي القاضي للمدعى بالحق ، ويوجهه القاضي لتخويف المدعى عليه سوء عاقبة الخلف الكذب ، فيجمله ذلك على الاقرار بالحق .

وإذا حلف المدعى عليه اليمين في مجلس القاضي انقطعت الخصومة بينه وبين

(١) ذكر كل ذلك . الدكتور محمد سلام مذكور ، ص ٨٦ - ٨٧

(٢) الدكتور محمد سلام مذكور : المرجع السابق ص ٨٧

(٣) نصبت المواد ٢٣٥ حتى ٢٥٣ أصول محاكمات مدنية لتبني طريقه الإنشائي باليمين والكرول وهي في مجموعها تنصص أن اليمين الفصائية بوعاد اليمين الخامسة وهي التي يوجهها خصم الى خصمه لحسم بها النزاع ، والدليل المسموع وهي التي يوجهها المحكمة من تلقاء نفسها إلى أحد الخصوم لاستكمال الدليل المقدم منه

(٤) نص المادة ٢٣٧ أصول محاكمات مدنية لسنة ١٩٥٠ « تكون تأدية اليمين بالصيغة التي شرعها المحكمة »



المدعي في هذا النزاع في الحال والمستقبل على الراجع ، لأن الاثبات بالبينة بعد العجز عنها نادر ، وليأمن المدعى عليه تمادي المدعي في المداعاة . أما إذا نكل المدعى عليه عن اليمين حكم عليه بالحق المدعى به إلا إذا كان قصاصاً بالنفس . هذا وقد قال البعض بجواز سماع البينة من المدعي على كذب اليمين<sup>(١)</sup>

#### (٤) القرائن والأدلة الحسية :

علاوة على طرق الاثبات الثلاثة ، الاقرار والبينة واليمين ، اعتبر جمهور الفقهاء القرينة القاطعة أحد أسباب الحكم<sup>(٢)</sup> .

ويدخل في القرينة القاطعة بعض القرائن الشرعية ، الملزمة ، كقاعدة الولد للفراس المتعلقة بمسائل النسب مثلاً . وهي التي تلحق نسب الولد بأبيه زوج أمه . ويدخل فيها أيضاً الأدلة الحسية ، كظهور الحمل لاثبات الزنا ، أو ظهور رائحة الخمر لإثبات شربه .

ويدخل فيها أيضاً القيافة أو معرفة الانساب بفصول تشابه أشخاص الناس .

ويدخل فيها كذلك بوجه خاص ، ما يسمى بالإمارات أو قرائن الحال ، وهي التي يقدرها القاضي حسب قناعته ، من واقع الحال وعرف الناس<sup>(٣)</sup> .

وقد ساق البعض<sup>(٤)</sup> عدة أمثلة على اعتبار الشرع الاسلامي للقرائن ، وذكر ما يدل على أن الرسول اعتبر القرينة وعمل بها عندما حبس في تهمة وعاقب في تهمة لما ظهرت امارات البرية على المدعى عليه ، وقد أمر النبي الملتقط أن يرد للقطعة الى واصفها . وقد ورد ذكر اعتبار القرينة في القرآن في قصة يوسف إذ يقول تعالى : ﴿ وشهد شاهد من أهلها إن كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين ، وإن كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين ﴾ ( آية ٢٦ و ٢٧ ) . وهذا نبي الله

(١) تنص المادة ٢٤٨ أصول محاكمات مدينة لبنان على أنه : لا يجوز للحصم اثبات كذب اليمين بعد أن يؤدبها الحصم الذي وجهت اليه أو دعت عليه . . .

(٢) الدكتور صهي محمادي . ثرات الحلفاء الراشدين ص ٢٠١ حتى ٢٠٤ - المجتهدون في القضاء ص ٧١ حتى ٧٣ . الدكتور محمد سلام مذكور المرجع السابق ص ٩٣ حتى ٩٦ .

(٣) تنص المادة ٢٩٩ أصول محاكمات مدينة لبنان على أن : « القرائن هي نتائج تستخلص ، بحكم القانون أو تقدير القاضي ، من واقعة للاستدلال واقعة غير معروفة »

وتنص المادة ٣٠٠ على أن : « القرائن نوعان . قرائن قانونية ، وقرائن قضائية »

وتنص المادة ٣٠١ على أن : « القرينة القانونية هي التي يمس عليها القانون ، وهي تنفي من قررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات . »

وتنص المادة ٣٠٢ المعدلة على أن : « القرينة القضائية هي التي لم يمس عليها القانون ، ويستطفاها القاضي من ظروف ووقائع الدعوى بما له من سلطة التقدير . »

(٤) الدكتور محمد سلام مذكور : المرجع السابق ص ٩٤ و ٩٥ و ٩٦

سليمان وقد جاءته امرأتان تدعيان ولداً ، فقال : أثبتني بالسكين أشقه بينهما ، فسمحت الكبرى بذلك وقالت الصغرى لا تفعل رحمك الله وهو ابني ، فقبضى بالولد للصغرى ، مستدلاً بشفتها عليه وامتناعها من الرضا بتقسيمه وتقطيعه مع رضا الكبرى بذلك ، برغم إقرار الصغرى بعكس ذلك ، مقدماً القرينة على الإقرار .

وهل يشك أحد رأى قتيلاً يتخبط في دمه ، وآخر قائم على رأسه بالسكين أنه قتله ، لا سيما إذا عرف بعداوته .

وقد قضى عمر بن الخطاب والصحابة بإقامة حد الزنى على المرأة التي ظهر بها حمل ولا زوج لها . كما قضى عمرو بن مسعود بوجوب الحد برائحة الخمر من فم الرجل أو قيئه خراً اعتماداً على القرينة الظاهرة . وقضى الأئمة بقطع اليد إذا وجد المال الممسوق مع المدعى عليه . وكثيراً ما يقول الفقهاء القول لمن يشهد له الظاهر ، ومن ذلك قول أهل المدينة انه لا يقبل قول المرأة أن زوجها لم يكن ينفق عليها ويكسوها فيها مضي ، لتكذيب القرائن الظاهرة لها ما لم تثبت ذلك .

ومن اعتبار الفقهاء للقرائن انعقاد البيع ، في سائر الأعصار والأمصار ، بمجرد المعاطاة من غير لفظ ، اكتفاء بالقرائن والامارات الدالة على التراضي الذي هو شرط في صحة البيع .

ولا شك أن للقاضي أن يستعمل فراسته لتدقيق الأدلة والقرائن والمعاينة الحسية . فقد روي أن رجلاً أودع عند آخر كيس نقود مختم ، ولما طالبت غيبة المودع فتى الوديع لديه الكيس من أسفله ، وأخذ ما فيه من دنانير وجعل مكانها دراهم ، وأعاد الخياطة كما كانت . وبعد فترة ، جاء صاحب الوديعة يطلبها ، فدفع اليه الوديع الكيس بختمه لم يتغير ، فلما فتحه وشاهد الحال رجع اليه وقال له اني أودعتك دنانير ، وأنت دفعت إليّ دراهم . فقال ، هو كيسك بخاتمك . فاشتكى عليه للقاضي ، فلما صارا بين يديه ، قال القاضي للمدعي منذ كم أودعت هذا الكيس ؟ فقال منذ خمس عشرة سنة ، فأخذ القاضي تلك الدراهم ، وقرأ سكنتها فإذا فيها ما قد ضرب منذ سنتين ، فحكم على المدعى عليه بدفع الدنانير .

ويرى عن فراسة عمر بن الخطاب ، أنه أتى بقتيل ملقى على وجهه في الطريق ، ولم يعرف قاتله . ثم بنهاية السنة ، وجد صبي مولود ملقى بموضع القاتيل فأتى به عمر ، فقال ظفرت بدم القاتيل . وسلم الصبي الى امرأة ، وطلب منها أن تحبسه عن يسأل عنه . وبعد فترة ، سألت عنه امرأة ، وقبلته ، وضمته اليها . ولما علم عمر ذهب اليها ووجه لها تهمة القتل : فاعترفت وقصت له ما دفعها الى قتله<sup>(١)</sup> .

(١) الدكتور محمد سلام مذكور : المرجع السابق ص ٩٥ و ٩٦ .

(٥) حكم القاضي بعلمه :

من القواعد الأساسية في المحاكمات والإثبات أن القاضي لا يحكم إلا بالدليل ، فلا يقضي بعلمه مطلقاً ، لا فيما علمه قبل تولية القضاء ولا بعدها ، لا في قضايا الحدود ( الجزائية ) ولا في غيرها .

والقول المشهور عن الخلفاء أبي بكر وعمر وعلي ، أن القاضي لا يحكم بعلمه الشخصي ، إلا إذا كان معه شاهد آخر يميز هذا العلم . وقد روي عن أبي بكر أنه قال : « لو رأيت رجلاً على حد ، لم أعاقبه ، حتى تقوم البينة عليه ، أو يكون معي شاهد آخر » .

وبمعناه ، روي عن عمر أنه تقاضى عنده رجلان ، فقال له أحدهما : « أنت شاهدي » . فرد عليه : « إن شئتما شهدت ولم أحكم ، أو أحكم ولا أشهد » . وقد استصوب عمر قول عبد الرحمن بن عوف ، عندما سأله : « لو رأيت رجلاً على حد ثم وُليت ، هل تقيمه عليه ؟ قال : لا ، حتى يشهد معي غيره ، فقال : أصبت » .

وقد أخذ بذلك عمر بن عبد العزيز ، عندما صرح بأن القاضي لا يحكم بعلمه في الزنا<sup>(١)</sup> .

ومذهب الإمام مالك كذلك على أن القاضي لا يقضي بعلمه في المدعى به بحال ، سواء أعلمه قبل التولية أم بعدها ، في مجلس قضائه أو غيره ، قبل الشروع في المحاكمة أو بعد الشروع . أما مذهب أبي حنيفة ، فإن ما يعلمه القاضي قبل ولايته أو في غير محل ولايته فلا يقضي به<sup>(٢)</sup> .

وكان القاضي شريح لا يقضي إلا بالدليل ، فلا يقضي بعلمه مطلقاً في جميع القضايا والأحوال . وبمعناه روي عن القاضي ابن أبي ليلى قوله أن القاضي لا يحكم بعلمه في شيء أصلاً « لأن انتفاء التهمة شرط في القضاء . وروي عنه قول آخر أنه يحكم بعلمه بالإعتراف في كل شيء إلا في الحدود ( الجزائية ) »<sup>(٣)</sup> .

والتأخرون من الفقهاء يرون أن القاضي لا يقضي بعلمه مطلقاً في جميع الدعاوى والصور لغلبة الفساد في هذه العصور<sup>(٤)</sup> ، والعمل الآن على ذلك . يقول الدكتور السنهوري<sup>(٥)</sup> : « لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه . ذلك أن علم القاضي هنا يكون

(١) الدكتور صبحي همصالي : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٨٦ .

(٢) الدكتور محمد سلام مذكور : المرجع السابق ص ٩٣ .

(٣) الدكتور صبحي همصالي : للجهنود في القضاء ص ٤٥ .

(٤) الشوكاني : بيل الأوطار ج ٨ ص ٧٨٧ ؛ ابن قدامة : المغني ج ٩ ص ٥٣ ؛ حاشية الدسوقي ج ٤ ص ١٥٨ ( ذكر ذلك الدكتور مذكور ص ٩٣ هامش ١ ) .

(٥) الوسيط في شرح القانون المدني ج ٢ رقم ٢٧ ص ٣٣ وهامش رقم ٣ من ذات الصفحة

دليلاً في القضية ، ولما كان للخصوم حق مناقشة هذا الدليل اقتضى الأمر أن ينزل القاضي منزلة الخصوم ، فيكون خصماً وحكماً ، وهذا لا يجوز » . ثم يقول : ولكن هذا لا يمنع من أن يستعين القاضي في قضاائه بما هو معروف بين الناس ولا يكون علمه خاصاً به مقصوراً عليه ، وذلك كالمعلومات التاريخية والجغرافية والعلمية والفنية الثابتة » .

ويقول الدكتور محمضاني<sup>(١)</sup> ان عدم حكم القاضي بعلمه ينفي التهمة عن القاضي ، ويؤيد حيادة وعدالة المحاكمات . وهو ، على كل ، من متفرعات قاعدة « البيئة على المدعي » ، التي توجب الاثبات على المدعي ، لا على القاضي ولا غيره .

#### (٦) القضاء مبني على الظاهر :

وأخيراً ، لا بد من الملاحظة ، ان القضاء مبني على البيات الظاهرة . فهي بصورة عامة ، صحيحة ، على الأقل في الظاهر . وإذا لم تكن كذلك ، فيبطل المحكوم له مسؤولاً ديانه . وهذا معنى الحديث الشريف : « نحن نحكم بالظاهر والله يتولى السرائر » . وهو أيضاً معنى قول عمر : « إنما نأخذكم بما ظهر لنا من أعمالكم »<sup>(٢)</sup> .

---

(١) المحققون في القضاء ص ١٨٦ .

(٢) الدكتور صبحي محمضاني : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٨٧ .

## المبحث الثالث :

### إصدار الحكم والظعن فيه

#### (أ) إصدار الحكم على الحاضر :

٧٠ - ( أولاً ) - الأصل وجوب إصدار الحكم فور انتهاء المحاكمة :  
الأصل أنه متى أصبحت الدعوى صالحة للحكم ، وجب على القاضي أن يحكم فوراً دون تأخير ، وإلا فإنه يكون أثماً ، بل ويستحق العزل ، لما يترتب على تأخير الحكم من الإضرار بالناس ، وتعطيل مصالحهم ، وصباغ حقوقهم<sup>(١)</sup> .

ولم يكن للحكم صيغة معينة . وكل ما يشترط فيه أن يكون قاطعاً لا تردد فيه ، أي يبنى على اليقين وليس على مجرد الظن والاحتمال<sup>(٢)</sup> .

٧١ - ( ثانياً ) - التوسع في التحقيق وطلب التأجيل سببان للتريث :  
ذكر الفقهاء مواضع يجوز للقاضي فيها أن يؤخر الفصل في الدعوى ويؤجل الحكم ، كان يريد أن يتأمل في شهادة الشهود أو يتحرى عنهم

كما يصح له أن يؤخر الفصل في الدعوى بناء على طلب المدعى عليه لابتداء ملاحظته على ما قدمه المدعي من اثبات ، أو ليثبت هو ما دفع به الدعوى ، أو يؤخر الفصل بناء على طلب المدعي نفسه لاستيفاء عناصر الإثبات على الدعوى<sup>(٣)</sup> .

(١) الدكتور محمد سلام مذكور : المرجع السابق ص ٥١ .

(٢) الدكتور محمود مصطفى : تطور قانون الإجراءات رقم ٣٣ ص ٣٧

(٣) الدكتور محمد سلام مذكور . المرجع السابق ص ٥٢ .

## ٧٢ - ( ثالثاً ) - زيادة التدقيق مدعاة للترث :

جاء في أخبار القضاة لوكيع<sup>(١)</sup> أن عبد الرحمن بن مسهر الذي رشح لتولي القضاء أمام أبي يوسف قال أمام الأخير : « أنا أعجب من قاضٍ يخطئ ، فقال أبو يوسف : وكيف ؟ قال : إذا وُلِّيَ الرجل القضاء ، فأتاه الخصمان في أمر مثل الشمس أمضاء ، فإذا أشكل عليه ، ردهما الى مجلس آخر ، وفي الناس مثلك وأشباهك ، فتوجه وتشاور ، وتبحث ، فمن المحال أن يعي عليه الحق » فأعجب أبو يوسف بجوابه وأجاز توليته .

## ٧٣ - ( رابعاً ) - التريث أملاً بالصلح :

من واجب القاضي أن يبدأ بالسعي في الصلح بين الخصوم ، وفي هذا يقول عمر ابن الخطاب : « ردوا القضاء بين ذوي الأرحام حتى يصطلحوا ، فإن فصل القضاء يورث الضغائن » . لذلك يجوز للقاضي أن يؤجل الدعوى إذا تبين له أن الصلح بين الخصمين محتمل ، على أنه ينبغي أن لا يفعل ذلك أكثر من مرتين<sup>(٢)</sup> .

وكان الخلفاء الراشدون يشيرون على القضاة بالسعي لاجراء الصلح بين المتقاضين . وقد نبه عمر القاضي أبا موسى الأشعري في كتابه اليه ، الى أن الصلح جائز ما لم يحل حراماً أو يحرم حلالاً . وقد كتب الى عماله ، لا سيما الى أبي عبيدة بن الجراح والى معاوية في الشام ، أن يحرصا على الصلح ما لم يتبين فصل القضاء . وكذلك أوصى عمر قضاته بتأخير الحكم عند الاقتضاء ، حتى يستبين الحق ، ويتيقنوا من معرفة الحكم الشرعي<sup>(٣)</sup> .

## ٧٤ - ( خامساً ) - الاستئارة بمشاورة الفقهاء في حال عدم الوصول الى الحكم :

كان من الأعراف القضائية الاسلامية أن يكون الى جانب القاضي فقهاء يستشيرهم إذا لم يستطع الوصول الى الحكم بسهولة ويسر وذلك مراعاة لعدم تعطيل مصالح المتقاضين بتأخير الفصل في قضاياهم<sup>(٤)</sup> . وكان أبو بكر يستشير الثلاثة الراشدين ، كما فعل في ميراث الجدة . وكان عمر ، مع تهيب الناس له ، ألين من غيره في تقبل الحق واستشارة العلماء فيما ينزل به من الطوارئ . وبوجه خاص ، كان الإمام علي ربما يتأمل القضية التي ترفع اليه شهراً ، ويستشير فيها ، قبل الوصول الى استنبات الحكم الشرعي<sup>(٥)</sup> . غير أن رأي هؤلاء العلماء المستشارين غير ملزم للقاضي المستشار ، فله أن يأخذ به أو يخالفه ، بل انه يحرم عليه أن يأخذ برأي غيره إذا انتهى هو الى قرار

(١) جـ ٣ ص ٣١٨ .

(٢) محمد بن حسن الشيباني مذكور عند الاستاذ مذكور ص ٥٠ .

(٣) الدكتور صبحي عمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٧٩ ؛ وكيع : أخبار القضاة جـ ١ ص ٧٤ و ٧٥ .

(٤) الدكتور محمد سلام مذكور : المرجع السابق ص ١٠٦ ؛ عامش رقم ٣ .

(٥) الدكتور صبحي عمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٧٨ - ١٧٩ .

أثناء بحثه ومشاورته للفقهاء (١) .

٧٥ - (سادساً) - الاجتهاد بالرأي والقناعة بالقرار لازمان للحكم :  
من الواجب على القاضي ، عند عدم النص أو الإجماع على الحكم في إحدى القضايا ، أن يستشير ويتروى ، ثم يجتهد رأيه وصولاً الى إحقاق الحق .

فلذا ، عندما ولى عمر بن الخطاب ، شريحاً على قضاء الكوفة ، كتب اليه مرشداً : « إذا جاءك أمر في كتاب الله عز وجل ، فاقض به ، ولا يفتنك عنه الرجال . فإن أتاك ما ليس في كتاب الله ، فانظر سنة رسول الله ، فاقض بها . فإن جاءك ما ليس في كتاب الله ولم يكن سنة من رسول الله ، فانظر ما اجتمع عليه الناس فخذ به . فإن جاءك ما ليس في كتاب الله ولم يكن فيه سنة من رسول الله ولم يتكلم فيه أحد قبلك ، فاختر أي الأمرين شئت . إن شئت أن تجتهد رأيك ثم تقدم ، فتقدم . وإن شئت أن تؤخر ، فتأخر . ولا أرى التأخر إلا خيراً لك » .

وهذا الأمر بالاجتهاد موافق للسنة النبوية ، فقد روي عن النبي أنه قال للمصحابي عبد الله بن مسعود : « اقض بالكتاب والسنة إذا وجدت بها ، فإذا لم تجد الحكم فيها ، اجتهد رأيك » .

وسئل القاضي ابن شبرمة عن القاضي يرى الشيء ، فيستشير فيه عشرة من العلماء ، فأجاب : « يقضي برأيه فيخطيء ، أعذر له عند الله من أن يخطيء برأيهم » .  
أي أن على القاضي أن يقتنع هو باجتهاده أولاً ، فيكون رأيه ويتخذ قراره ، ثم يحكم وفقاً لقناعته الذاتية (٢) .

٧٦ - (سابعاً) - وجوب الحكم بين الناس بالحق والعدل :  
لا شك أن الهدف الاسمي للقضاء العادل ولرسالة القضاة ، هو التوصل الى إحقاق الحق .

وقد أمر القرآن الكريم بذلك بقوله تعالى : ﴿ ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ﴾ (٣) . كما أن النبي نوره بوجوب اتباع الحق في الحكم . فقد اعتبر القاضي الذي علم الحق فقضى به هو وحده في الجنة ، على ما ورد في الحديث الشريف ، الذي سبق بيانه .

وكذلك أصر الخلفاء الراشدون على بلوغ القضاة لهذا الهدف الأصلي . فقد جاء في كتاب الخليفة عمر الى معاوية بن أبي سفيان : « إلزم الحق ، ينزلك الله منازل الحق ،

(١) البدايع جـ ٧ ص ٥ مذكور عند المذكور مذكور ص ١٠٦ هامش رقم ٣

(٢) المذكور صبيحي عمصاني : للجهلون في القضاء ص ٤٢

(٣) سورة النساء الآية ٥٨ .

يوم لا يقضى إلا بالحق . ومن أقواله : « ويل لديان الأرض من ديان السماء ، يوم يلقونه ، إلا من أمر بالعدل ، وقضى بالحق ، ولم يقصر بهوى ، ولا لقرابة ولا لرغبة ولا لرغبة ، وجعل كتاب الله بين عينيه » (١) .

#### ٧٧ - (ثامناً) - الأشهاد على الحكم :

وكذلك فقد عُرف أن يجلس مع القاضي في مجلس الحكم شهود من العلماء يراقبون إجراءات المحاكمة ووقائعها والحكم الذي يصدر . وهذا نوع من الرقابة على أعمال القاضي يراد منه التحقق من مدى التزام القاضي بتوفيق أحكامه مع الشريعة الإسلامية (٢)

#### ٧٨ - (تاسعاً) - تسجيل الأحكام :

في صدر الإسلام لم يكن هناك سجل تدون فيه الأحكام ، لأنها كانت تنفذ فور صدورها بواسطة الخصوم أنفسهم ، أو يقوم القاضي بتنفيذها في الحال . وفي عهد الأمويين تبنّى بعض القضاة الى وجوب تسجيل الأحكام ، وكان أول حكم قضائي سجل ، هو الذي أصدره سليم بن عتر قاضي مصر (٣) ، في خلافة معاوية بن أبي سفيان ، في ميراث بين ورثة تخصموا اليه ثم تناكروا الحكم واختلفوا ، فعادوا اليه فحكم بينهم وسجل الحكم (٤)

#### ٧٩ - (عاشرأ) - تفسير الحكم في حال غموضه :

جاء عن الماوردي (٥) : « ولو لم يذكر القاضي في كتابه سبب حكمه ، وقال : ثبت عندي بما ثبتت بمثله الحقوق ، وسأله المحكوم عليه عن السبب الذي حكم به ، نظير : فإن كان قد حكم عليه بإقراره ، لم يلزمه أن يذكره له ، لأنه لا يقدر على دفعه بالبينة . وإن كان قد حكم عليه بنكوله ، وعين الطالب ، لزمه أن يذكره له ، لأنه يقدر على دفعه بالبينة .

» وإن كان قد حكم عليه بالبينة ، فإن كان الحكم يحق في الدمة ، لم يلزمه ذكرها ، لأنه لا يقدر على دفعها بمثلها . وإن كان الحكم بعين قائمة لزمه أن يذكرها ،

(١) الدكتور صبحي محمصاني : تراث الفقهاء الراشدين ص ١٧٧ - ١٧٨ .

(٢) الأستاذ ظاهر القاسمي : المرجع السابق ص ٦٢٨ و ٦٢٩ .

(٣) تولى هذا القاضي القضاء سنة ٤٠ هـ / ٦٦٠ م وبقي فيه حتى موت معاوية سنة ٦٠ هـ / ٦٨٠ م (الدكتور محمد سلام مذكور ص ٣٠ هامش ١)

(٤) الدكتور محمد سلام مذكور : المرجع السابق ص ٤٨ و ٤٩ ، الأستاذ ظاهر القاسمي : المرجع السابق ص ٥٢٦ ، الأستاذ زكي الدين شعاع : المرجع السابق ص ١٥ ، الأستاذ علي منصور : المرجع السابق ص ٣٢٣ .

(٥) أدب القاضي ص ٢٠٦ رقم ٢٥٦٠ - ١٦٢ - ١٦٣ .



لأنه يقدر على مقابلتها بمثلها ، فترجح بيته باليد ، فيكون وجوب البيان معتبراً بهذه الأقسام » .

ففي رأي الماوردي ، إن المحكمة التي صدر عنها الحكم ، هي وحدها صاحبة الحق في تفسيره ، في حال غموضه . وهذا ما يأخذ به فقهاء القانون الوضعي في أيامنا .

### (ب) - الحكم على الغائب

٨٠ - مدى جواز الحكم بالصورة الغيابية على المدعى عليه المتغيب :  
إذا كان واجب الإثبات على المدعي ، فإن للمدعى عليه الحق في الدفاع عن نفسه ، وذلك بالاعتراض على البيئة المقدمة ، أو بتقديم وجوه الدفاع عن حقوقه .

فلذا ، وتأميناً لحق الدفاع ، قال البعض بأن لا يحكم على الغائب إلا بحذر . ففرض أبو بكر وعثمان على الغائب ، لكن بشرط ثبوت الحق قبله . وكذلك قضى العمران وعثمان وعلي غياباً في قضية المفقود ، وذلك بأن تبرص امراته أربع سنين وأربعة عشر وعشراً ، ثم تتزوج .

وقد روي عن عمر بن عبد العزيز أيضاً أنه لا يحكم على الغائب مبدئياً ، لإمكان أن تكون معه حجة تبطل دعوى الحاضر<sup>(١)</sup> .

وقد قلل أيضاً بعدم جواز الحكم على المدعى عليه الغائب القاضيان شريح وابن أبي ليلى<sup>(٢)</sup> .

أما القاضي ابن شبرمة ، فقد روي عنه ذات القول ، كما روي عنه عكسه لا سيما إذا حضر المدعى عليه جلسة المحاكمة ثم تغيب . فقد روي قوله : « أحكم على الغائب كما أحكم على الحاضر » ، « ومن سمعت حجته مرة ، ثم هرب ، أتبعته القضاء »<sup>(٣)</sup> .

أما فقهاء المذاهب ، فقد اختلفوا في هذه المسألة ، لكن كثرتهم قالوا بجواز الحكم على المدعى عليه الغائب<sup>(٤)</sup> .

أما الماوردي ، فقد تناول الموضوع في موضعين من الجزء الثاني من كتابه أدب القاضي :

ففي الموضع الأول<sup>(٥)</sup> ذكر أنه : « إن ثبت الحق على المطلوب ، وهو غائب

(١) الدكتور صبحي محمادي : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٨٩

(٢) وكيع : اختيار القضاة ج ٢ ص ٢٨٩ .

(٣) وكيع : اختيار القضاة ج ٣ ص ٨٨ - ٨٩ .

(٤) الدكتور صبحي محمادي : المختارون في القضاء ص ٤٦ ؛ قلون : الاستاذ الفلسفي

٥٢١ و ٥٢٠ .

(٥) الماوردي . أدب القاضي ج ٢ رقم ٢٤٨٠ ص ١٤٩

للقاضي أن يسمع البينة عليه مع غيبته ، باتفاق من جَوِّز القضاء على الغائب ومن لم يجوز ، لأن سماع البينة إثبات حق يفضي الى حكم ، وليس بحكم ، فصاز كالشهادة على الشهادة في جوازها ، مع غيبة المشهود عليه .

وفصل الماوردي في الموضع الثاني<sup>(١)</sup> آراء الأئمة وحججهم فقال :

« فهو عند الشافعي ، ومن يرى القضاء على الغائب ، ارتفاع ضرورة » .

وعند أبي حنيفة ، ومن لا يرى القضاء على الغائب ، ما عساه يدفع به الحجة .

« وعند مالك : يجوز القضاء على الغائب فيما ينقل ، ولا يجوز القضاء عليه فيما لا

ينقل من العقار » .

ثم يخلص الماوردي الى القول<sup>(٢)</sup> : « فإذا ثبت بما ذكرنا جواز القضاء على الغائب ، فهو مخصوص بحقوق الأعميين . فاما حقوق الله تعالى ، التي تدرأ بالشبهات ، فلا يجوز القضاء بها على غائب ، كحد الزنا ، وحد الخمر ، لاتساع حكمها بالمهلة » .

« فإن كان مما يجمع فيه بين حق الله تعالى ، وحق الأعمى ، كالسرقة ، قضى على الغائب بالغرم ، ولم يقض عليه بالقطع إلا بعد حضوره » .

### (ج) طرق الطعن في الحكم ودرجات التقاضي<sup>(٣)</sup> :

#### ٨١ - (أولاً) - وجود أسس لطرق الطعن في الفقه الإسلامي :

الأصل في الأحكام القضائية أن تكون حاسمة للنزاع وأن تكون لها حجيتها وقوتها ، ويلتزم بها طرفا النزاع . غير أنه لما كان هناك احتمال خطأ القاضي في حكمه ومجانته الحق في اجتهاده ، جاز لقاضي القضية أو من يستخلفه عنه أن ينظر في أحكام قضائه فيبطل منها ما يحتاج الى إبطال ، ويعدل ما يحتاج الى التعديل ، ويصدق منها ما كان صحيحاً .

ويذكر البعض<sup>(٤)</sup> ان الامام علي بن أبي طالب عرضت عليه قضية في اليمن ،

(١) أدب القاضي : ج ٢ رقم ٣٢٠٧ ص ٣٠٦ - ٣٠٧ .

(٢) أدب القاضي : ج ٢ رقم ٣٢٥٢ ص ٣١٨ - ٣١٩ .

(٣) في القانون الوضعي الحالي يباح التظلم من الأحكام بطريق الطعن فيها ، ويكون الطعن عادة لدى محكمة أخرى ، وحيثما توصف المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه بأنها محكمة الدرجة الأولى ، والمحكمة التي تنظر الطعن بوصف بأنها محكمة الدرجة الثانية أو المحكمة الإستئنافية . وقد يسمع بالطعن بالحكم الاستثنائي أمام محكمة النقض . فإلحاح الطعن في الأحكام هي إذن أساس تدرج القضاء . على أن الحكم إذا كان غائباً فإنه يبطل الطعن فيه بطريق الاعتراض .

(٤) الدكتور محمد سلام مذكور : المرجع السابق ص ٥٨ .

فقال : أقضي بينكم ، فإن رضيتم فهو القضاء ، وإلا حجزت بعضكم عن بعض حتى تأتوا رسول الله ليقضي بينكم . فلما قضى الإمام علي بينهم أتوا أن يتراضوا وأتوا الرسول أيام الحج وعرضوا عليه خصومتهم وكيف قضى علي فيها . وإن هذا الحكم غير سليم في نظرهم . وبعد أن سمع الرسول منهم مقالتهم أجاز قضاء علي ، وقال : « هو ما قضى بينكم » .

ففي هذه القضية دليل على أن الطعن في الأحكام عرف في الشريعة الإسلامية وعمل به فعلاً ، إذ ما جرى إنما هو أشبه باستئناف الحكم أمام مرجع أعلى عن أصدر الحكم ، فتنتظر الدعوى من جديد ويفسخ الحكم أو يبطل أو يعدل أو يصدق .

فالإمام علي لما قال : « حتى تأتوا رسول الله » لم يقصد اللجوء إلى الرسول باعتباره حاكماً للمسلمين ومشرفاً على تنفيذ الأحكام ، بل باعتباره قاضياً أعلى ، وهذا ما يستفاد منه قول علي : « ليقضي بينكم » ، وكذلك من إعادة عرض الخصومة على الرسول ، وقول الرسول بعد النظر في القضية مجدداً « هو ما قضى بينكم » ، وهذا في معنى تأييد وتصديق الحكم المستأنف إلى الرسول (١) .

ومن قبيل استئناف الأحكام في التنظيم الإسلامي ما جاء في أخبار القضاة لوكيح (٢) : إن القاضي عبيد الله بن الحسن قضى على عبد المجيد مولى بني قشير في قضية - وكان جلدًا قاسي الكلام - فتظلم إلى أمير المؤمنين ، فكتب إلى عامل البصرة أن يجمع له الفقهاء ، لينظروا في قضيته ، فإن كانت صواباً أمضاها ، فنظروا فأروها صواباً ، « هذا بمثابة تأييد وتصديق للحكم المستأنف أمام محكمة أعلى متعددة القضاة » .

وجاء في كتاب تاريخ قضاة الأندلس للنباهي المالقي (٣) : « وإذا تظلم المحكوم عليه من كتاب القاضي الأول ، وسأل الثاني أن يستأنف النظر فيه ، أو في بعضه ، فليس له ذلك إلا بأمر يسن . وكذلك لو ولي قاض آخر مكان القاضي ، لكان مثل ما قيل في المكتوب إليه . أي أن ليس للقاضي الثاني أن يستأنف النظر في القضية ويفسخ الحكم الأول إلا لسبب يبين واضح ، وهذا هو أساس الطعن في الإستئناف في القضاء الحالي » .

والواقع أن لطرق الطعن المختلفة كالاعتراض والاستئناف والنقض وإعادة المحاكمة أساساً في الفقه الإسلامي (٤) ، وفي مسائله ما يتسع لذلك ، وقد وقع كثير منه في العصور المختلفة على صور وأشكال متعددة - كما ذكرنا بعضها أعلاه - وما جد الآن

(١) للدكتور محمد سلام مذكور : المراجع السابق ص ٢٣

(٢) وكيع : لتجارب القضاة ج ٢ ص ٩٦ .

(٣) ص ١٨٥ .

(٤) الاستاذ Milliot يرى عكس ذلك (رقم ٨٦٦ ، ص ٦٩٨) .

من تنظيم لطرف الطعن وتحديد مواعيده ، وإن لم يكن قد عرف للفقهاء من قبل بالشكل الدقيق الحالي ، إلا أن قواعد الفقه الاسلامي لا تنافي بل تتفق معه<sup>(١)</sup> .

وبما يدل على أن الفقهاء عرفوا طرق الطعن ، ما نصوا عليه من أن حكم القاضي لا يستمر في أربعة مواضع وينقض في الأحوال التالية : إذا خالف الاجماع ، أو القواعد ، أو النص الجلي ، أو القياس . إلا إذا كان لهذا الحكم دليل معارض راجح .

وقالوا أيضاً أن الحكم إذا طعن فيه أحد المتخاصمين لدى قاض آخر ، فظهر له فيه خطأ بين - وهو مشابه لما ذكرناه على لسان النباهي أعلاه - وثبت ذلك عنده ، فإنه يطله ويفسخه ويبين الوجه الذي بنى عليه أسباب الحكم<sup>(٢)</sup> .

وقد قال ابن فرحون في نبصرة الحكام<sup>(٣)</sup> : « ينبغي للامام والقاضي الجماعة - قاضي القضاة - تفقد أحوال القضاة وبصفح أقضيتهم فما وافق الحق أمضاه وما خالفه فسخه<sup>(٤)</sup> » .

وأما الماوردي ، فقال في أدب القاضي<sup>(٥)</sup> : « قال الشافعي : ومن اجتهد من الحكام ... وردّ عليه قاض غيره ، فسواء فنيا خالف كتاباً أو سنة أو إجماعاً ، أو ما في معنى هذا ، ردّه . وإن كان يحتمل ما ذهب إليه ، ويحتمل غيره ، لم يرّه وحكم فيما يستأنف بالذي هو أصوب عنده . وهذا صحيح : « إذا بان للقاضي ... أن غيره من القضاة قد أخطأ في حكمه ، فذلك ضربان :

« فإذا أخطأ فنيا يسوغ فيه الاجتهاد ، كان ... حكم غيره من القضاة نافذاً لا يتعقب بفسخ ولا نقض ... » .

« وإذا خالف ما لا يسوغ فيه الاجتهاد ، وهو أن يخالف نصاً من كتاب ، أو سنة ، أو إجماع ... نقض به ... حكم غيره » .

ثم قال الماوردي<sup>(٦)</sup> : « قال الشافعي : وليس على القاضي أن يتعقب حكم من قبله ، فإن تظلم محكوم عليه من قبله نظر فيه فردّه ، أو أنفذه ، على ما وصفت » .

ويمثل البعض<sup>(٧)</sup> عن إعادة المحاكمة في الاسلام بحادثة وردت في كتاب نسب

(١) الدكتور محمد سلام مذكور : المرجع السابق ص ٥٨ .

(٢) ابن فرحون : نبصرة الحكام ج ١ ص ٥٥ حتى ٥٨ مذكور عند الدكتور مذكور ص ٥٨ هامش رقم ١ .

(٣) ج ١ ص ٦٠ مذكور عند الدكتور مذكور ص ٥٩ هامش رقم ١ .

(٤) إن التفتيش عن القضاة اليوم موكول الى هيئة التفتيش القضائي ، على أنه ليس من سلطة هيئة التفتيش الطعن بالأحكام ، لأن القانون نظم الطعن في الأحكام وأعطى للمتقاضين حق الاعتراض واستئناف الحكم ونقصه ، كما هو مبسوط في قوانين للمحاكمات والتظلم القضائي .

(٥) الماوردي : أدب القاضي ج ١ رقم ١٧٤ ص ٦٨٢ وما بعدها

(٦) أدب القاضي ج ١ رقم ١٧٧٦ ص ٦٩٠ .

(٧) الأستاذ ظافر القاسمي : المرجع السابق ص ٣٨٢ - ٣٨٣ .

قريش للزبيرى ، فذكر أنه : « كانت بين حسان بن ثابت ، شاعر رسول الله ، وبين بعض الناس منازعة عند عثمان بن عفان ، فقاضى عثمان على حسان ، فجاء حسان الى عبد الله ابن عباس ، فشكا ذلك اليه . فقال له ابن عباس : الحقّ حقك ، ولكن أنخطأت حجتك . انطلق معي . فخرج به حتى دخلنا على عثمان ، فاحتج له ابن عباس حتى نبين عثمان الحقّ ، فقاضى به لحسان بن ثابت » . ويقول الاستاذ القاسمي أن في هذا الخبر دليل على جواز إعادة المحاكمة في التنظيم القضائي الاسلامي ، وذلك في حال وضوح الخطأ في الحكم .

٨٢ - (ثانياً) - هل يجوز للقاضي الرجوع عن حكمه :

إذا حكم القاضي حسب اجتهاده في قضية ، فليس له الرجوع عن هذا الاجتهاد في ذات القضية ، عملاً بالقاعدة الفقهية القائلة بأن « الاجتهاد لا ينقض بمثله » (١) ، واحتراماً لما يسمى اليوم « قوة القضية المحكمة أو المقضية » (٢) .

غير أنه إذا تبين للقاضي أنه أخطأ في ذلك الاجتهاد ، وعرضت عليه قضية أخرى مشابهة للأولى ، فيجوز له في القضية الجديدة أن يُغيّر اجتهاده السابق الى ما يراه أصوب . وقد قال عمر في مثل هذا ، « تلك كما قضينا ، وهذا على ما نقضي به اليوم » (٣) .

وقد أجمع الخلفاء الراشدون الأربعة على أنه إذا تغير اجتهاد أحدهم من غير أن يخالف نصاً ولا إجماعاً ، أو إذا خالف اجتهاده اجتهاد من قبله ، فلا ينقض الاجتهاد اللاحق الاجتهاد السابق .

وهكذا ، قضى أبو بكر في مسائل ، وخالفه عمر فيها ، ولم ينقض أحكامه . وكذلك ، خالف الامام علي اجتهادهما ، ولم ينقض أحكامهما . مثاله ، سوى أبو بكر وعلي في عطاء الناس من الصدقات ، وفاضل عمر بينهم . ولم ينقض واحد منهم ما فعله سلفه .

وقد روري كذلك أن عمر بن عبد العزيز ، بعدما استخلف ، لم يتعرض لأحكام القضاة الذين تقلدوا منصبهم من جهة أسلافه بني أمية (٤) .

وهذا ما أخذ به كذلك القاضي شريح ، فقد كان يقول : « إني لا أدري ما كان

(١) هذه القاعدة منصوص عليها في المادة ١٦ من مجلة الأحكام المدلية

(٢) الدكتور صحي عمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٧٩ حتى ١٨١ - المحققون في القضاة ٤٣ - ٤٤ ،

الدكتور محمد سلام مذكور : المرحع السابق ص ٦٨ حتى ٧٠

(٣) الدكتور محمد سلام مذكور : المرحع السابق ص ٦٨ .

(٤) الدكتور صحي عمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص ١٨٠ و ١٨١ .

قبلي » و لا أرد قضاء من قبلي « (١) .

فلذا ، إذا دفع أحد الخصوم أنه قد سبقت رؤية الدعوى وحكم فيها ، فإن القاضي يتوقف عن تكرار سماع الدعوى مرة ثانية . وقد اشترط القاضي ابن أبي ليلى ثبوت ذلك ، إنما بالحجة المدونة في ديوان القاضي والمكتوبة بخطه وتحت ختمه ، وإما بشهادة شاهدين على ذلك (٢) .

---

(١) وكيع : أخبار القضاة جـ ٢ ص ٣٥٤ و ٣٥٨ .

(٢) الدكتور صبحي محمصالي : المجتهدون في القضاء ص ٤٣ - ٤٤ .

## الباب الثاني

### العرف في الاسلام





## تمهيد لموضوع العرف في الاسلام

٨٣ - (أولاً) - عناصر موضوع العرف في الاسلام :

يقضي الكلام عن العرف في الفقه الإسلامي التمهيد له ببيان أهمية العرف كمصدر للقانون ، وما يتصل بذلك من منهج البحث وخطته . ثم عرض أركانه لمعرفة الشروط التي يلزم توافرها فيه ليتمكن اعتماده كمصدر في القانون الوضعي والفقه الإسلامي . وأخيراً بيان القوة الملزمة للعرف في كل من النظامين من حيث أساس هذه القوة والدور الذي يقوم به العرف إزاء التشريع الوضعي والنص الشرعي .

٨٤ - (ثانياً) - نظرة تاريخية عن العرف كمصدر للقانون في مختلف الشرائع :

إن القانون ملازم في نشأته للمجتمع ، فتظهر أولى قواعده بمجرد اجتماع أكثر من شخص واحد في بيئة واحدة حيث تقوم بين أفراد هذا المجتمع روابط وعلاقات تحتاج الى ضبط وتنظيم .

ويكون ظهور تلك القاعدة الأولى وليد العقل الإنساني ونتيجة تفكير هذا العقل في إيجاد حل لأول نزاع ، نشأ في ذلك المجتمع ، حلاً يحقق العدالة ويساعد على استتباب الأمن والنظام ، فإذا تكرر مثل هذا النزاع بعد ذلك اطرد اتباع ما وضع له من حل موفق . ويكون اتباع ذلك الحل بادئ الأمر متروكاً لاختيار ذوي الشأن فيه نظراً لما ينطوي عليه من مزايا لهم ، الى أن يوجد في الجماعة اعتقاد قوي بضرورة اتباعه ، فيصبح واجب الاتباع ويصير قاعدة قانونية ملزمة جرى بها العرف .

فالعرف يكون بذلك أول مصدر للقانون في تاريخ المجتمع البشري<sup>(١)</sup> . فهو المصدر الذي توحى به الفطرة في مجتمع بدائي . ولذلك كان له الشأن الأول في المجتمعات القديمة ، حيث تسيطر التقاليد ، ولا توجد من الضرورات الاجتماعية ما

Soelle (G.) , Esmein (P.) , De la Morancière (L. J.) : Introduction à l'étude du droit, T. I P (١)  
14, Paris 1951, éd. Rousseau

يدعو السلطة الحاكمة الى التدخل لفرض قواعد قانونية . فإذا تقدمت المدنية وازدادت نواحي النشاط في المجتمع ، أصبح العرف قاصراً عن الوفاء بحاجة الجماعة الى القواعد التي تنظم الحياة فيها ، فقام التشريع واحتل المقام الأول بين مصادر القانون بدلاً من العرف . وهذه كانت هي الحال في مختلف الشرائع القديمة .

فقد بدأ القانون العراقي القديم في صورة قواعد عرفية ثم جاء « هورابي » ليمعن النظر فيها بعد أن أنشأ نظام الدولة فجمعها بعد تهذيبها ودونها جميعاً في شريعته المشهورة<sup>(١)</sup> .

وبدأ القانون الروماني مجموعة من القواعد العرفية ، حتى إذا تقدمت المدنية الرومانية جمعت هذه القواعد في الألواح الاثني عشر وأصبح التشريع الى جانب العرف مصدراً رسمياً للقانون يعاونه الفقه والقضاء<sup>(٢)</sup> .

وكان هذا أيضاً شأن المجتمع العربي . فقد كان العرب في عصر الجاهلية خاضعين لمجموعة من الأعراف منبثقة من طبيعة مجتمعهم ومن عاداتهم القبلية ومعتقداتهم الدينية . فجاءت الشريعة الاسلامية وانتصت من سلطان العرف ، سواء بمنع الكثير من العادات ، وسواء بتحويل أو تعديل البعض الآخر ، وقام الدين مصدراً رسمياً للقانون ، على أن ذلك لم يمنع من بقاء العرف مصدراً أصلياً في الشريعة الاسلامية<sup>(٣)</sup> .

كذلك بدأ القانون الانكليزي مجموعة من العادات التي تخضع لها القبائل الانكلوسكسونية ، ثم اقترنت بعادات القبائل النورماندية التي فتحت الجزيرة الانكليزية في القرن الحادي عشر ، ولما تطورت المدنية الانكليزية صار القضاء مصدراً رسمياً الى جانب العرف . ثم قام التشريع مصدراً آخر فأصبح هو والقضاء المصدرين الرسميين في القانون الانكليزي في الوقت الحاضر<sup>(٤)</sup> .

كما بدأ القانون الفرنسي القديم عرفاً ، ثم امتزج به القانون الروماني بعد الفتح الروماني ، ثم ظهر القانون الكنسي . وبعد ذلك انقسمت فرنسا الى قسمين : القسم الشمالي يطبق العرف ، والقسم الجنوبي يطبق القانون الروماني المكتوب . ولما قويت

(١) الأستاذ عبد الباقي البكري . الملحق لدراسة القانون والشريعة الاسلامية ، الجزء الأول رقم ١٦٧ ص ٤٢٧ ، طبعة ١٩٧٢ مطبعة الآداب - النجف .

(٢) R. Foinet. Droit romain p. 5 et 6, 7- éd. Paris 1922, Lib Arthur Rousseau  
(٣) الدكتور صبحي المحمصاني : الأوضاع التشريعية في البلاد العربية ص ١٨ و ١٩ ، الطبعة الثانية ١٩٦٢ ، دار العلم للملايين بيروت - والمبادئ الشرعية والقانونية ص ٥٠ ، الطبعة السادسة ١٩٧٧ ، ذات الدار ، الأستاذ عبد الباقي البكري : ذات المرحع رقم ١٦٧ ص ٤٢٨ .

(٤) R. David: Les grands systemes de droit contemporains n° 349 P. 401- 402, 1971, t. écüs Dunl- (٤) 107.

الملكية في فرنسا جهة: قواعد العرف وقام الى جانبها التشريع كمصدر رسمي للقانون وأخذ يقوى حتى وصل الى أوجه في عهد تقنينات نابليون وأصبح التشريع المصدر الرسمي للقانون<sup>(١)</sup>.

من هذه النظرة التاريخية العامة يتضح أن العرف كان أول مصدر للقانون في تاريخ المجتمع البشري ، وإنه بعد أن تقدمت البشرية بقي الى جانب التشريع كمصدر أيضاً للقانون إن لم يكن مباشرة فعلى الأقل بطريق غير مباشر .

٨٥ - (ثالثاً) - أهمية العرف كمصدر للقانون في القانون الوضعي والفقه الاسلامي بوجه خاص :

على الرغم من انتشار التشريع والتقنين في العصر الحالي ، فإن العرف لا يزال يعتبر مصدراً رسمياً للقانون في معظم الدول ، لأن وجوده كمصدر احتياطي يكمل ما في التشريع من نقص أمر ضروري . فالتقص في التشريع لا يمكن تفاديه ، وذلك بحكم طبيعة الأشياء التي تجعل إحاطة المشرع بكل شيء أمراً متعذراً ، وبحكم التطور الذي لا يقف عند حد فيؤدي الى خلق صور من العلاقات الاجتماعية لم تحظر على بال المشرع ، هذا فضلاً عن أن هنالك مسائل تقتضي طبيعتها بأن تكون لها حلول متنوعة وقابلة للتغيير بحيث يكون من المستحسن أن لا تقنن في نص تشريعي يجمدها ويحول دون تطورها<sup>(٢)</sup>.

فلو أخذنا الدول العربية مثلاً لرأينا انها احتفظت بالعرف كمصدر للقانون الوضعي في حالة عدم وجود نص تشريعي .

فالتقنين المدني المصري ينص في مادته الأولى انه إذا « لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف » .<sup>(٣)</sup>

والتقنين المدني السوري ينص في مادته الأولى أن على القاضي أن يقضي بمقتضى النصوص التشريعية « فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، وإذا لم توجد فبمقتضى العرف » .

(١) Colin A. et Capitant H.: Droit civil français, T. I P P. 11- 13, 3<sup>e</sup> éd. 1920 Paris, Lib. Dalloz.

(٢) الدكتور نفولا أسود: القانون المدني - المقدمة العامة ص ٦٤ ، معاصرات لطلاب السنة الأولى في كلية الحقوق اللبنانية (الفرع الأول) ، للمام الجامعي ١٩٧٨ - ١٩٧٩

(٣) تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع هذا التقنين: « الواقع أن العرف هو المصدر الذي يلي التشريع في المرتبة ، فمن الواجب أن يلجأ اليه القاضي مباشرة إذا افتقد النص ... فالعرف هو المصدر الشعبي الأصيل الذي يتصل اتصالاً مباشراً بالجماعة ، ويمتيز وسيلتها العفوية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومفومات المعايير التي يهجر التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو استعصائها على النص . ولذلك ظل هذا المصدر وسيطاً الى جانب التشريع مصدراً تكميلياً خصباً لا يقف انتاجه عند حدود المعاملات التجارية ، بل يتناول المعاملات التي تسري في شأنها قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص والعلم على السواء » .

والقانون اللبناني وإن لم يرد فيه نص عام صريح يجعل العرف مصدراً للقانون يرجع اليه عند فقدان النص ، كما فعلت التقنينات العربية الأخرى ، إلا أنه يمكن أن يستخلص من بعض النصوص التشريعية الموزعة في مختلف فروعها أن نظرة المشرع اللبناني الى العرف لا تختلف عن الاتجاه السائد في أغلب القوانين الحديثة ، والتي تجعل منه مصدراً احتياطياً مكملاً للتشريع<sup>(١)</sup> كما هو حاصل في فرنسا حيث لا يوجد نص عام يوجب الأخذ به ومع ذلك يعتبر فيها مصدراً تكميلياً للتشريع<sup>(٢)</sup> .

- فمجملة الأحكام العدلية<sup>(٣)</sup> تتكلم في بعض نصوصها التي لم تلغ عن العرف : فالمادة ٣٧ نصت على أن « استعمال الناس حجة يعمل بها » ، والمادة ٣٦ نصت أن « العادة محكمة » ، والمادة ٤٣ نصت أن « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » ، والمادة ٤٥ نصت أن « التمين بالعرف كالتمين بالنص »<sup>(٤)</sup> .

- وقانون الموجبات والعقود يقول في بعض نصوصه بالرجوع الى أحكام العرف : فالمادة ٢٢١ نصت على أنه « ويجب أن تفهم وتفسر - العقود - وفقاً لحسن النية والانصاف والعرف » ، والمادة ٣٧١ نصت أنه « يجب أيضاً على القاضي أن يعتد من تلقاء نفسه بالبند المرعية عرفاً ، وإن كانت لم تذكر صراحة في نص العقد » ، والمادة ٤٠٣ فقرتها الثانية نصت أنه إذا لم يبين وقت التسليم في العقد « وجب التسليم على أثر انشاء العقد مع مراعاة المهل التي تقتضيها ماهية المبيع والعرف » ، والمادة ٤١٢ نصت أنه « يتحمل البائع - مصاريق التسليم - إذا لم يكن نص أو عرف يخالف ... »<sup>(٥)</sup> .

- وقانون أصول المحاكمات المدنية نص في المادة ٢٤٢ فقرتها الرابعة أنه تقبل البيئة الشخصية « إذا استحال على الدائن الحصول على بيئة خطية ، ويكتفي بمجرد الاستحالة المتعوية ، وهي تنشأ خصوصاً على العرف المتبع في بعض المهن » .

(١) الرئيس الأستاذ البر فرحات : القانون للثني - مقدمة علمة ص ٢٤٨ ، محاضرات لطلاب السنة الأولى في كلية الحقوق اللبنانية ١٩٦٦ - ١٩٦٧ ، الدكتور نقولا أسود : للرجوع السابق ص ٦٥ ، الدكتور الرئيس ادوار عيد : الرجز في الدخول الى علم القانون ، ص ٤٦ و ٤٧ ، طبعة ١٩٧٨ ، مطبعة نغم

(٢) François Gény: Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, T. 1 n° 125 P. 390- 391, Paris 1954, Lib. Général de droit...

(٣) صدرت على دفعات ابتداء من عام ١٨٦٩ حتى ١٨٧٦ ، وكان معمولاً بها في سائر أنحاء الامبراطورية العثمانية ومنها لبنان ، وكانت تعتبر القانون المفعلي للدولة العثمانية وفقاً للفقهاء الحنفي .

(٤) انظر في شرح هذه المواد : الاستاذ سليم باز ، شرح المجلد : الطبعة الثالثة ١٩٢٣ ، بيروت المطبعة الأدبية .

(٥) وهناك مواد أخرى في ذات القانون تشير الى وجوب الأخذ بالعرف في بعض العقود : كمعقد الإيجار ( المواد ٥٤٠ ، ٥٤٧ و ٥٥١ و ٥٥٩ و ٥٦٩ و ٥٨١ و ٥٩١ و ٥٩٢ و ٥٩٨ و ٦٠١ و ٦١٩ و ٦٢٠ و ٦٢٣ ) ، ومعقد الاستخدام ( المواد ٦٣٢ و ٦٣٣ و ٦٥٣ ) ، ومعقد التجارة الصناعة ( المادة ٦٥٩ ) ، ومعقد القرض ( المادتان ٧٦٢ ، ٧٦٨ ) ، ومعقد الوكالة ( المواد ٧٧٠ و ٧٧٧ و ٧٨٨ و ٧٩٢ و ٧٩٥ ) ، ومعقد الشركة ( المادة ٨٨٧ ) ومعقد البيع ( للمادتين ٤٤٢ و ٤٤٣ ) .

- وقانون الملكية العقارية<sup>(١)</sup> نص في المادة ٤٤ فقرة ثانية أنه « على المستفيع أن يتبع في استعمال العقار والتمتع به عوائد أصحاب العقار السابقين . . . » .

- وقانون التجارة نص في المادة ٤ فقرة ٢ أن « على القاضي - في العمل التجاري - أن يطبق العرف المتوسط . . » وأحال على العرف في المادة ٧٨ المتعلقة بالشركات المغفلة ، والمادة ٢٦٣ المتعلقة بالعقود التجارية .

- إلى ما هنالك من نصوص تشريعية أخرى موزعة في قوانين الأحوال الشخصية تحيل على الشرع الاسلامي بصفته عرفاً .

- هذا فضلاً عن أن مشاريع قوانين الطوائف غير الاسلامية التي قدمت للحكومة عملاً بأحكام قانون ٢ نيسان ١٩٥١ ، والتي لم تصادق عليها حتى تاريخه ، هي أعراف مكتوبة ويطبق الاجتهاد نصوصها التي لا تخالف النظام العام أو القوانين الالزامية<sup>(٢)</sup> هذا هو الحال بالنسبة الى القانون الوضعي اللبناني .

وأما بالنسبة الى الشريعة الاسلامية ، فإنه على الرغم من انتقاص سلطان العرف ، الذي كان سائداً في عصر الجاهلية بقيام النصوص الشرعية مصدراً رسمياً للقانون الاسلامي ، فهو لا يزال يعد في نظر الفقه الاسلامي مصدراً مهماً فيه حتى قال البعض « ان العادة دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام وريط به الحلال والحرام »<sup>(٣)</sup> وعلى أساس أن له دوراً كبيراً في إيجاد الحلول المناسبة للمسائل الطارئة والمستجدة .

فالنصوص الشرعية لا يمكن أن تستوعب كافة الاحتمالات المستجدة ، كما أن كثيراً من القواعد الامرة التي تقررها مبني في الأساس على العرف ، ويتبدل فيها الحكم بتبدل العرف ، فلا يمكن ترتيب حكم ثابت فيه .

ويذكر بعض العلماء المسلمين من الأدلة الشرعية في الاسلام على اعتبار العرف مصدراً احتياطياً للنصوص الشرعية ما جاء في القرآن في آية « حُذِرَ العفو وأمر بالعرف »<sup>(٤)</sup> . على أساس أن العرف هنا وإن كان قد ورد في معناه اللغوي - أي بمعنى المستحسن والمألوف - إلا أنه لا يخلو مع ذلك من الدلالة على المعنى الفقهي للعرف من حيث هو عرف الأفراد في أعمالهم ومعاملاتهم القانونية ، لأن ما يتعارف عليه الأفراد

(١) القرار رقم ٣٣٣٩ تاريخ ١٢ - ١١ - ١٩٣٠ .

(٢) الدكتور نقولا أسود . المرجع السابق ص ٧٨ وما بعدها .

(٣) ابن العربي في تفسيره الجزء ٢ ص ٢٧٠ مذكور عند الأستاذ محمد مصطفى شليبي . أصول الفقه الاسلامي ،

بيروت ١٩٧٤ ، دار النهضة العربية ض ٣٢٢ هامش ٢

(٤) الأستاذ مصطفى الزرقا : للدخل الفقهي العام الجزء الأول المجلد الأول رقم ٣٨ صفحة ١١١ ، الطبعة

السابعة ، دمشق ١٩٦١ مطبعة جامعة دمشق .

وهذه الآية رقم ١٩٩ من سورة الاعراف .

دليل على حاجتهم اليه فيكون من الأمور المستحسنة شرعاً<sup>(١)</sup> . ويستشهد البعض بما جاء في السنة على لسان النبي انه قال : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن »<sup>(٢)</sup> .

ويذكر البعض الآخر أن أصحاب النبي من بعده قد أكدوا كذلك على اعتبار العرف مصدراً للقانون الاسلامي بأخذهم ببعض الأعراف التي لم يأت بها الاسلام للحاجة اليها . فقد أخذ الخليفة عمر بنظام الدواوين وأنشأ في كل قطر من الأقطار التابعة للدولة الاسلامية ، وهذا النظام كان عرفاً فارسياً - فيجعل للجيش ديواناً ، وللمعامل ديواناً ، ولوازنة الدولة ديواناً ، وللموظفين ديواناً ، وعيّن في هذه الدواوين سكان هذه الأقطار حتى ولو كانوا من غير المسلمين عملاً بما تعارف عليه الناس في هذه المناطق<sup>(٣)</sup> .

ويذكر البعض كذلك أن الاجماع<sup>(٤)</sup> كان في أول الأمر عرف أهل المدينة ، ثم تطور بعد ذلك حتى صار اجماع المجتهدين في كل عصر<sup>(٥)</sup> .

وقد أقام الفقهاء والمجتهدون بعد ذلك كبير وزن للعرف في توضيح وتفسير النصوص الشرعية وفي إثبات الحقوق الشخصية .

فالمدلب الحنفي يعتبر العرف أصلاً هاماً ومصدراً عظيم الشأن في ميدان الأفعال المادية والمعاملات القانونية شرط أن لا يخالف نصاً شرعياً . فقد قال الامام السرخسي الحنفي أن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ، لأن في النزاع عن العادة الظاهرة حرجاً يُبْئَلُ<sup>(٦)</sup> ، وفي هذا المعنى جاءت المادة ٤٥ من المجلة القائلة « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » . وكان الامام محمد بن الحسن الحنفي يذهب الى الصباغين ويسأل عن معاملاتهم والعرف السائد بينهم حتى يأخذ به في فتاويه وأحكامه عندما تعرض عليه نزاعات التجار<sup>(٧)</sup> .

والإمام مالك عمل بالعرف وخصص به النصوص الشرعية . فقد خصص ما جاء

(١) الأستاذ مصطفى الزرقا : المرجع السابق ، المجلد الأول، رقم ٣٨ صفحة ١١١ .

(٢) «Ce que les croyants ont considéré comme beau est beau devant Allah». Voir: Louis Milliot: Introduction à l'étude du droit musulman, Recueil Sirey, Paris 1953, n° 149 p. 156.

والاستاذ الزرقا : ذات المرجع رقم ٣٨ ص ١٠١-١٠٢ .

(٣) الأستاذ محمد مصطفى الشاذلي : أصول الفقه الاسلامي ص ٣٢٠ ، الطبعة الأولى ١٩٧٤ ، بيروت دار النهضة العربية .

(٤) وهو مصدر من مصادر الفقه الاسلامي .

(٥) الدكتور عدنان القوتلي : الرجيز في الحقوق المدنية الجزء الأول ص ٣٥١ ، الطبعة السابعة ١٩٦٣ ، دمشق مطابع دار الفكر .

(٦) البسوط ج ١٣ ص ١٤ مذكور عند الاستاذ محمد شاذلي : ذات المرجع ص ٣٧٢ هامش ٣ .

(٧) الأستاذ محمد شاذلي : ذات المرجع ص ٣٢١ .

في القرآن في آية « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » خصصه بالعرف فاستثنى المرأة التي تتضرر بالارضاع اذا كان عرفها يعفيها منه<sup>(١)</sup> .

والامام الشافعي لما جاء الى مصر غير مذهبه القديم وكان للأعراف المصرية أثر واضح في ذلك .

كما أن الإمام أحمد بن حنبل اعتبر كثيراً من الأعراف خاصة عند تطبيق النصوص الشرعية وتفسيرها<sup>(٢)</sup> .

والمذهب الجعفري يأخذ بالعرف عند تفسير النصوص الشرعية في نطاق الأعمال والالتزامات القانونية ، إذا لم يكن لها معنى خاص شرعاً ، ويقدم المعنى العرفي في هذه الحالة على المعنى اللغوي<sup>(٣)</sup> .

وهكذا يتبين أن الفقه الاسلامي بمذاهبه الخمسة اعتبر العرف مصدراً مهماً من مصادر القانون الاسلامي حتى أن البعض اشترط في المجتهد أن يكون عالماً بأعراف الناس<sup>(٤)</sup> .

## ٨٦ - ( رابعاً ) - منهج دراسة العرف في الاسلام :

طالما أن العرف - كما سبق أن أوضحنا - يعتبر مصدراً مهماً في القانون الوضعي وخاصة اللبناني منه وفي الفقه الاسلامي ، فالدراسة اذن تنجّه الى معالجة موضوع من الموضوعات الهامة في النظرية العامة للقانون والفقه الاسلامي على السواء . وبذلك يوضع الفقه الاسلامي الى جانب الفقه القانوني فيها هو هام ، لمعرفة خصائص العرف في كل منها ، ومدى تقاطعها حول مبادئ وأفكار واحدة أو متقاربة أو مدى تمايز كل منها عن الآخر ، رغبة في الاسهام في توسيع الدراسات المقارنة بين مختلف الأنظمة القانونية المتعايشة ، إما داخل الدولة الواحدة وإما داخل المجموعة الدولية .

وسيراعى في منهجية بحث العرف في الاسلام الأمرين التاليين :

أولاً - إن الغاية من هذا البحث ليس حشد طائفة كبيرة من المعلومات القانونية والفقهية ، بل رسم طريق بحث علمي واضح ومسلم .

ثانياً - سيجري هذا البحث على أسلوب البحث المقارن وفقاً للأسلوب المتبع في فقه القانوني الوضعي .

ثالثاً - سيركّز البحث في القانون الوضعي على القانون اللبناني بشكل خاص .

(١) هذه الآية رقم ٢٣٣ من سورة البقرة .

(٢) الأستاذ محمد شلبي : المرجع السابق ص ٣٢٢ .

(٣) الأستاذ محمد جواد مقنية : علم أصول الفقه ص ٣٠ ، الطبعة الأولى ١٩٧٥ ، بيروت دار العلم للملايين .

(٤) السرخسي في البسوط ج ١٦ ص ٦٢ ؛ ابن عابدين في مجموعة رسائله ج ٢ ص ١٢٥ مذكوران عند الأستاذ محمد شلبي : المرجع السابق ص ٣٢٢ ملحق ١ .

- ٨٧ - ( خامساً ) - تقسيم موضوع العرف في الاسلام :
- سيقسم موضوع العرف في الاسلام الى فصلين :
- الأول : ماهية العرف .
- والثاني : القوة الملزمة للعرف .



## الفصل الأول

### ماهية العرف

#### ٨٨ - تعريف وتقسيم :

العرف في نظر فقهاء القانون الوضعي هو اعتياد الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بأنها ملزمة وواجبة الاحترام قانوناً وإن مخالفتها تستتبع توقيع جزاء مادي<sup>(١)</sup> .

والعرف في نظر الفقهاء المسلمين هو : « ما اعتاده جمهور الناس والفقه من قول أو فعل ، تكرر مرة بعد أخرى ، حتى تمكن أثره في نفوسهم ، وصارت تلقاه عقولهم بالقبول »<sup>(٢)</sup> ، أو « ما تعودوه الناس أو جمع منهم والفقه حتى استقر في نفوسهم من فعل شاع بينهم أو كثر استعماله في معنى خاص بحيث يتبادر منه عند إطلاقه دون معناه الأصلي »<sup>(٣)</sup> ، أو هو « عادة جمهور قوم في قول أو عمل »<sup>(٤)</sup> أو « ما تعارف عليه الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك »<sup>(٥)</sup>

فعل ضوء هذه التعريفات ما هي أركان العرف قانوناً وشرعاً ؟

هذا ما سنتناوله في المبحثين الآتيين :

المبحث الأول : أركان العرف قانوناً .

المبحث الثاني : أركان العرف شرعاً .

(١) F Gény . op cit T 1 n° 110 PP. 318- 320; Scelle, Esmein et de la Morandière : op. cit. P. 264, G Marty et P Raynaud: Droit civil, Introduction générale à l'étude du droit, T 1 n° 114 PP 202- 203, 2<sup>e</sup> éd. 1972 Sirey

(٢) الأستاذ بدران بدران : أصول الفقه ص ٣١٦ ، الاسكتلرية ١٩٦٥ ، دار المعارف .

(٣) الأستاذ محمد شلبي : المرجع السابق ص ٣١٣ .

(٤) الأستاذ مصطفى الرزّا : للمرجع السابق للمجلد الأول رقم ٣٦ ص ١٠٨ والمجلد الثاني رقم ٤٨٣ ص ٨٣١

(٥) دكتور عبد العزيز عليم - لمدخل لدراسة القانون للمعارف بالفقه الاسلامي رقم ٧٩ ص ١٦٤ ، طبعة

١٩٦٩ ، القاهرة المطبعة العالمية ؛ والاستاذ عبد الباقي البكري - المرجع السابق رقم ٢٤١ ص ٦٢٧

## المبحث الأول أركان العرف قانوناً

٨٩ - الاتفاق قانوناً على ركنين للعرف : الركن المادي والركن المعنوي  
قدّمنا أن العرف في فقه القانون الوضعي هو اعتياد الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بأنها ملزمة وواجبة الاحترام قانوناً وبأن مخالفتها تستتبع توقيع جزاء مادي .  
ويتضح من هذا التعريف أن العرف يقوم قانوناً على ركنين أساسيين : ركن مادي وهو اعتياد الناس على سلوك معين ، وركن معنوي أو نفسي وهو اعتقاد الناس بأن القاعدة التي نشأت من هذا السلوك قاعدة ملزمة وواجبة الاتباع قانوناً . ويتفق الفقه في القانون المقارن على ضرورة توافر هذين الركنين في العرف<sup>(١)</sup> .

٩٠ - (أولاً) - الركن المادي : العادة أو الاعتياد  
فالركن المادي للعرف (L'élément matériel) هو اعتياد الناس على نوع من السلوك في خصوص أمر من أمور حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ بينهم عادة نتيجة اتباعهم لسلوك معين وإطراد العمل به ، فهي عادة (Usage) لا تفرضها سلطة معينة كما

(١) F. Génys: Op. cit. T. 1 n° 119 p. 356-357; G. Marty et P. Raynaud: op. cit. n° 114 P. 202-203, 2<sup>e</sup> éd. 1972 Sirey, Scelle, Esmein et de la Morandière: op. cit. p. 264.

والدكتور نفولا أسود : المرجع السابق ص ٦٦ ؛ الدكتور عبد المقيم الصده : أصول القانون رقم ١٠٩ ص ١٤٤ ، بيروت ١٩٧٨ دار النهضة العربية ؛ الدكتور توفيق فرح : المدخل للمعلوم القانونية ص ٢٥٤ - ٢٥٥ ، بيروت ١٩٧٥ مكتبة مكاوي ؛ الدكتور حسن كيرة : المرجع السابق ص ٣٥٢ - ٣٥٣ ؛ بيروت ١٩٦٧ دار النهضة العربية ؛ الدكتور عدنان القزّلي : المرجع السابق ص ٣٥٥ ؛ الدكتور سليمان مرقس : المدخل للمعلوم القانونية رقم ١٤٢ ص ٢٨٣ ، الطبعة الرابعة ١٩٦١ دار النشر للجامعات المصرية ؛ الدكتور أحمد أبو ستيت : أبحاث في أصول القانون ص ٦٣٧ - ٦٣٨ ، مجلة القانون والاقتصاد لاساتنة كلية الحقوق بجامعة القاهرة السنة الخامسة (١٩٣٥) .

هي الحال بالنسبة الى التشريع ، ولا توحى بها جهة معينة ، وإنما تنشأ عما يحيطه الأفراد لأنفسهم من قواعد في ضوء الظروف المحيطة بهم . فقد يحصل أن عدداً قليلاً من الأشخاص يسلكون طريقة معينة في تنظيم أمر يعينهم يوحى من عقولهم وعمل هدى الظروف التي تحيط بهم ، ثم يتكرر هذا المسلك من غيرهم بحكم غريزة حب التقليد ، والميل الى ما هو مألوف ، وإثارة على غير المألوف . وهكذا تطرد العادة وتستقر ، حتى تصبح ثابتة ويرسخ أثرها في النفوس<sup>(١)</sup> .

ويشترط في العادة التي يتكون منها الركن المادي للعرف الشروط التالية :

#### (١) أن تكون العادة عامة Générale

ويرجع هذا الشرط الى أن العرف ينشئ قاعدة قانونية ، والقاعدة القانونية لا بد أن تكون عامة مجردة ، فلا ينصرف حكمها الى شخص معين بذاته ، أو الى أشخاص معينين بالذات<sup>(٢)</sup> .

والمقصود بعمومية العادة كونها متبعة من غالبية الأفراد الذين يتصور في مجتمع معين أن يعينهم الأمر الذي جرت بشأنه هذه العادة<sup>(٣)</sup> ، ولا يقصد بذلك أن تكون العادة شاملة لكل إقليم الدولة ، إذ قد تكون خاصة بجزء معين من هذا الإقليم أو بمدينة معينة فتكون عملية أو بطائفة معينة من الأشخاص يزاولون مهنة أو حرفة معينة فتكون العادة مهنية أو طائفية<sup>(٤)</sup> . بل إن العادة العرفية قد تكون خاصة بشخص واحد غير معين بذاته كرئيس الدولة حين يعتاد على إصدار نوع خاص من القرارات في شأن من الشؤون ، فيترتب على هذه العادة عرف يتولى رئيس الدولة إصدار مثل هذه القرارات<sup>(٥)</sup> .

#### (٢) أن تكون العادة قديمة Ancienne

ويقصد بقدم العادة أن يرجع نشوء العادة الى زمن بعيد يكفي للدلالة على تأصلها في النفوس وعلى أنها ليست بدعة جديدة أو نزوة عابرة<sup>(٦)</sup> . ولا يمكن تحديد المدة التي يتوافر بها القدم<sup>(٧)</sup> ، لأن هذه المدة تختلف في كل نوع من العادات عنه في غيره بحسب

(١) الدكتور عبد المنعم الصلح . المرجع السابق رقم ١٠٧ ص ١٤٤ - ١٤٥ .

(٢) الدكتور توفيق فرج : المرجع السابق ص ٢٥٣ .

(٣) F. Génay: op. cit. T. 1 n° 119 p. 358

(٤) F. Génay: op. cit. T. 1 n° 122 p. 378

(٥) الدكتور توفيق فرج . المرجع السابق ص ٢٥٣ : الدكتور عبد المنعم الصلح : المرجع السابق رقم ١٠٧ ص ١٤٥ .

(٦) الدكتور سليمان مرقس : المرجع السابق رقم ١٤٢ ص ٢٨٥ .

(٧) يشترط القانون الكنسي في العرف المخالف للحقوق الكنسية لكي يعمل به مدة قدم أقلها أربعين سنة كاملة (أنظر الدكتور عدنان القوتلي : ص ٣٥٨ هامش ١ من المرجع السابق) .

طبيعة المعاملات التي تنشأ فيها هذه العادات<sup>(١)</sup> . فالعادات الزراعية تحتاج في تكوينها الى مدة أطول مما تحتاج إليه العادات التجارية ، ولذلك يترك للاجتهاد تقديرها إذا كان اعتياد الناس على سلوك معين قد أصبح قديماً بحيث يمكن القول باستقراره أم عدم استقراره<sup>(٢)</sup> .

### (٣) أن تكون العادة ثابتة *Constante*

ويراد بثبات العادة أن يطرد اتباعها بطريقة منتظمة على نحو يتوفر فيه معنى الإستقرار فلا يتبعها الناس في أوقات ويعدلون عنها في أوقات أخرى<sup>(٣)</sup> . على أن هذا لا يعني أن عدول بعض الأشخاص عن اتباعها يكفي لنفي الثبات عنها . فالعبرة في هذا الشأن بغلبة اتباعها في أكثر الحالات . وهذه مسألة يقدرها القاضي كما هي الحال في شرط القدم ، إذ أن قدم العادة وثباتها أمران يساهمان في استقرار العرف<sup>(٤)</sup> .  
- وهذه الشروط الثلاثة أجمع الفقه والاجتهاد على ضرورة توافرها في العادة<sup>(٥)</sup> .

(٤) أن تكون العادة غير مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة  
ويشترط أخيراً البعض<sup>(٦)</sup> أن تكون العادة غير مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة ، إذ أن العرف الذي ينطوي على هذه المخالفة لا يكون قانوناً . وتطبيقاً لذلك نصت المادة ٩ من الدستور اللبناني على أن : « حرية الاعتقاد مطلقة ، والدولة ... تكفل حرية إقامة الشعائر الدينية . . . على ألا يكون في ذلك إخلال في النظام العام . . . » .

وهذا الشرط يصدق على إطلاقه بالنسبة الى العرف المحلي . فإذا جرت عادة الناس على أمر من الأمور التي تتنافى مع النظام العام ، كما هو الشأن بالنسبة الى عادة الأخذ بالثأر في بعض المناطق ، فإنه لا ينشأ عنها عرف ملزم قانوناً ، لأن هذا يتعارض مع قاعدة أساسية من القواعد التي يقوم عليها المجتمع ، مقتضاه أن الدولة هي التي

(١) F. Gény : op. cit. T. I n° 119 p. 359

والدكتور نقولا أسود . المرجع السابق ص ٦٦ .

(٢) الرئيس البير فرحات . المرجع السابق ص ٢٤٩ .

(٣) F. Gény: op cit. T. I n° 119 p. 358

(٤) الدكتور عبد المنعم الصلح . المرجع السابق رقم ١٠٧ ص ١٤٦ .

(٥) ويضيف البعض شرطاً آخر هو أن يكون للعادة طابعاً مألوماً *Raisonné*

Voir: F. Gény: op cit. T. I n° 121 pp. 371- 374

وأظهر في نقد ذلك Murty et Raynaud : op. cit. n° 113 P. 204

(٦) الرئيس البير فرحات : المرجع السابق ص ٢٤٨ ؛ الدكتور عبد المنعم الصلح : المرجع السابق ص ١٤٦ ؛ الدكتور توفيق فرج . المرجع السابق رقم ١٢٤ ص ٢٥٤ ؛ الدكتور عدنان قوتلي : المرجع السابق ص

تتولى معاقبة اللجنة الذين يعتدون على حياة الأفراد . كما يصدق هذا الشرط بالنسبة الى العرف المهني أو الطائفي ، فلا يصح أن يتعارض مثل هذا العرف مع ما استقر في المجتمع بأسره من مبادئ تتصل بالنظام العام أو الآداب العامة ، سواء أكانت هذه المبادئ مقررّة بنصوص تشريعية أم لم تكن كذلك .

أما فيما يتعلق بالعرف الشامل لجميع الأفراد في كل اقليم الدولة فلا يتصور أن يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة إلا إذا كان يتعارض مع نص تشريعي أمر ، إذ في هذه الحالة لا تجوز مخالفة التشريع بعرف شامل . وفيما عدا هذه الحالة يكون العرف الشامل ، وقد تكوّن في ضمير المجتمع بأسره ، قد ساهم في تحديد مضمون فكرة النظام العام والآداب العامة ، وهي فكرة مرنة متطورة ، مما لا يتصور معه اشتراط موافقة مثل هذا العرف للنظام العام والآداب العامة في المجتمع<sup>(١)</sup> .

#### ٩١ - (ثانياً) - الركن المعنوي : الاعتقاد بلزوم العادة

لا يكفي لتكون العرف توافر ركنه المادي باعتياد الناس على غط معين من السلوك بالشروط المذكورة سابقاً ، بل يجب كذلك أن يتوفر ركنه المعنوي أو النفسي (élément moral et psychologique) بمعنى أن يتولد الاعتقاد لدى الأفراد بأن هذه العادة ملزمة وواجبة الاتباع باعتبارها قاعدة قانونية لها في نفوسهم ما لسائر النصوص التشريعية من احترام<sup>(٢)</sup> .

وليس من السهل تعيين الوقت الذي يعتبر مبدأ لتوافر هذا الركن المعنوي ، لأن الاعتقاد بلزوم العادة لا ينشأ دفعة واحدة بل يتكون تدريجياً ، حتى يصل في وقت ما الى أن يكون محققاً لا نزاع فيه . أما قبل هذا الوقت فقد يختلف الأفراد في أمر توافره أو عدمه وبالتالي يختلفون في اعتبار العادة عرفاً أو مجرد عادة . غير أنه إذا أجمع الفقه على أن عادة معينة صارت عرفاً أو استقر اجتهاد المحاكم على ذلك أصبح العرف ثابتاً بما لا يحتمل الجدل في أمره<sup>(٣)</sup> .

وهذا الركن المعنوي أو النفسي هو الذي يميز العادة التي تكون عرفاً عن غيرها من العادات .

فهناك عادات المجاملات التي لا تمت الى القانون بصلة كالعادات المتعلقة بتبادل الزيارات والتهنئة والمواساة وتبادل الهدايا في مناسبات معينة والتي لا يتصور اعتقاد الأفراد

(١) الدكتور عبد المنعم الصده . المرجع السابق رقم ١٠٧ ص ١٤٦ - ١٤٧ ، الدكتور حسن كير : المرجع السابق رقم ١٥٦ ص ٣٥٥ .

F. Géný: op. cit. T. I n° 119 p. 360- 361, Marty et Raynaud op. cit. n° 203; Seclle, (٢) Esmein ... op. cit. p 364

F. Géný: op. cit. T. I n° 119 p. 364 (٣)

بالإلزام إزاءها ، بينما الاعتقاد بالصفة الإلزامية للعادة يجعل منها قاعدة قانونية كاعتقاد  
الاجراء في مؤسسة معينة أن المنح والمكافآت التي يعطيها رب العمل في آخر كل سنة أو  
في مناسبات معينة هي إلزامية وواجبة الدفع<sup>(١)</sup> .

غير أن العادات المجردة من قوة الإلزام يمكن أن تكسب هذه القوة إما من اتفاق  
المتعاقدين على اتباعها اتفاقاً صريحاً أو ضمناً كما هو الحال في العادات الاتفاقية ، وإما  
من إحالة المشرع عليها بنص قانوني<sup>(٢)</sup> .

---

(١) الدكتور نقولا أسود : المرجع السابق ص ٦٦

(٢) Marty et Raynaud: op cit. n° 114 p. 204

## المبحث الثاني أركان العرف شرعاً

### ٩٢ - عدم تركيز الفقه الإسلامي على الركن المعنوي للعرف :

قدّمنا أن العرف في نظر الفقهاء المسلمين هو ما اعتاده جمهور الناس وألفوه من قول أو فعل تكرر مرة بعد أخرى حتى تمكّن أثره في نفوسهم وصارت تلقاه عقولهم بالقبول ، أو هو ما تعودته الناس أو جمع منهم وألفوه حتى استقر في نفوسهم . . . أو هو عادة جمهور قوم في قول أو عمل ، أو هو ما تعارف عليه الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك .

ويفهم من مجمل هذه التعريفات أن الفقه الإسلامي لا يفرق بين ركني العرف اللذين يأخذ بهما الفقه الوضعي وهما : الركن المادي المتمثل بالاعتقاد ، والركن المعنوي القائم على الاعتقاد بلزوم العادة ، وأنه يَفْهَمُ العرف بمعنى مجرد العادة ، وهذا ظاهر من تركيزه على الاعتقاد والعادة في هذه التعريفات ومن ذكره العادة فقط في بعض القواعد الفقهية المقررة في مجلة الأحكام العدلية ( كقاعدة العادة محكمة المادة ٣٦ من المجلة ، وقاعدة استعمال الناس حجة يعمل بها المادة ٣٧ من ذات المجلة ) .

غير أنه من إمعان النظر جلياً في بعض هذه التعريفات يتضح أن الفقه الإسلامي يشترط فيها يعتبر عرفاً ، بالإضافة إلى ركن اعتياد الناس ، توافر ركن نفسي أو معنوي يتمثل في « تمكّن أثر العادة في النفوس أو استقرارها فيها بحيث صارت عقولهم تلقاها بالقبول » . فاستقرار العادة في نفوس الأفراد وتمكّن أثرها فيها دليل على اعتقادهم بها ، وتلقي عقولهم لها بالقبول دليل على أنها معتبرة بنظرهم وواجبة الاحترام منهم .

هذا فضلاً عن إشارة البعض في تعريفه للعرف إلى ركن الاعتقاد فقط لا يمنع من التمييز بين عادة صارت لها قوة الإلزام باستقرارها في نفوس الأفراد وتلقي عقولهم لها

بالقبول والاحترام وبين عادة أخرى لم ترق إلى هذه الدرجة من القبول والاحترام .

وهكذا يتبين ، أنه على الرغم من خلو المراجع الفقهية الإسلامية من الإشارة إلى الركن المعنوي أو النفسي بشكل بارز وواضح ، فإنه يمكن القول على ضوء العبارات المذكورة أعلاه والمستخلصة من بعض التعريفات أن الفقه الإسلامي يتطلب أيضاً في العادة كونها ملزمة وواجبة الاتباع شرعاً ، شأنه في ذلك شأن الفقه الوضعي ، الأمر الذي يعني اشتراطه ركناً معنوياً للعرف بالإضافة إلى ركنه المادي ، وتمييزاً للعرف عن مجرد العادة التي لم يتمكن أثرها في النفوس ولم تستقر فيها لعدم الاعتقاد بلزوميتها .

٩٣ - ( أولاً ) - الركن المادي للعرف في الفقه الإسلامي والشروط المطلوبة فيه :

الركن المادي للعرف في الفقه الإسلامي ، كمثلته في الفقه الوضعي ، هو اعتياد جمهور الناس على أمر من الأمور في حياتهم الاجتماعية سواء أكان قولاً أو فعلاً أو عملاً<sup>(١)</sup> .

ويشترط في العادة التي يتكون منها الركن المادي للعرف في الفقه الإسلامي الشروط التالية :

(١) أن تكون العادة غالبة

والمقصود بكون العادة غالبة أن تكون متبعة من غالبية الأفراد الذين يأخذون بها في مكان العمل بها ، كتعارف الناس مثلاً في بعض البلاد أن المهر الذي يسمى للمرأة في عقد الزواج يكون ثلثه معجلاً وثلثه مؤجلاً إلى ما بعد الوفاة أو الطلاق . فيجب أن يتحقق في العادة المكونة للعرف نصاب عدي من الناس لا بد منه ، أي يكون قد تعارف عليها أكثر الناس في مكان جريانها ، وهذا مستفاد من عبارة « عادة جمهور قوم في قول أو عمل » . فإذا لم تكن العادة غالبة بين أكثر الناس فلا يتكوّن بها عرف معتبر شرعاً ، بل تكون من قبيل العادة الفردية أو المشتركة التي يتساوى معتادوها وغيرهم<sup>(٢)</sup> .

وعن هذا الشرط وضع الفقهاء المسلمون القاعدة القائلة : « إنما تعتبر العادة إذا غلبت » ( المادة ٤١ من المجلة ) .

وغلبة العادة لا يقصد بها أن تكون شاملة كل الدول الإسلامية ، أو قد تكون العادة غالبة في دولة من الدول أو في إقليم معين منها أو في محط حرفة أو مهنة معينة . كتعارف أهل بلد ما أن يكون المهر المقدم ضعف المهر المؤخر ، وتعارف التجار على إثبات ديونهم على من يتعامل معهم بمقتضى دفاترهم من غير حاجة إلى إهداء ،

(١) أنظر في استخلاص الركن المادي من تعريف العرف فقرة ٨٨

(٢) الأستاذ مصطفى الزرقا المرجع السابق المجلد الثاني رقم ٤٨٤ ص ٨٣٢ .



وكتعرفهم في بعض البلاد أن يكون ثمن البضائع المباعة بالجملة مقسماً الى عدد معين من الأقساط<sup>(١)</sup> .

ويظهر أن الفقه الإسلامي يقصد بهذا الشرط كون العادة عامة باتباعها من قبل غالبية الأفراد السائدة بينهم ، كما هو متطلب فيها في الفقه الوضعي .

(٢) أن تكون العادة قائمة عند نشوء التصرف المراد تحكيمها فيها وليست طارئة وهذا الشرط يتطلب في العادة التي يراد تحكيمها في التصرف أن تكون قائمة وموجودة عند نشوئه ، وذلك بأن تقارن العادة التصرف دون تأخير عنه بحيث لو كانت طارئة فلا عبرة بها . ولهذا فإذا تزوج شخص من امرأة دون أن يصرح بتعجيل بعض المهر وتأجيل بعضه ، فإن العادة المتعارف عليها وقت انعقاد الزواج هي التي تكون فاصلة في حال حصول نزاع على مسألة المهر . فإذا كانت العادة تقضي بعدم التأجيل ثم حصل نزاع بين الزوجين لسبب انها تغيرت الى تعجيل بعض المهر وتأجيل البعض فإنه يحكم بالعادة التي كانت موجودة وقت انعقاد الزواج والتي تقضي بتعجيل المهر ، ولا يعتد بالعادة الجديدة التي تقول بالتعجيل والتأجيل<sup>(٢)</sup> .

ويظهر كذلك أن الفقه الاسلامي يريد بهذا الشرط كون العادة قديمة وسابقة بزمان بعيد على التصرف وهذا واضح من اشتراطه قيام العادة وقت نشوء التصرف وكونها غير طارئة أو جديدة وهذا الأمر يفترض قديمها ووجودها السابق عليه .

(٣) أن تكون العادة مطردة والمراد باطراد العادة بين متعارفها تكرار العمل بها بصورة منتظمة غير متقطعة . فإن اتبعت في بعض المعاملات دون غيرها ، أو اتبعت في جميعها وعدل عنها ثم رجع إليها على نحو يشير الى عدم الثبات في تطبيقها ، فإنها لا تعتبر عرفاً بنظر الفقه الاسلامي لتعارض العمل مع الترتك<sup>(٣)</sup> .

ومن الواضح أن هذا الشرط هو ذات شرط ثبات العادة الذي يتطلبه الفقه الوضعي

(٤) أن لا يعارض العادة تصريح بخلافها وهذا الشرط أساسي في القاعدة الفقهية القائلة بأن « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » ( المادة ٤٣ من المجلة ) فتتزيل الأمر المعروف منزلة المشروط كان على أساس أن

(١) الأستاذ عبد الباقي البكري . المرجع السابق رقم ٢٤٢ ص ٦٢٨ ، الدكتور عبد العزيز عامر - المرجع السابق رقم ١٤١ ص ٢٦٩ ، الأستاذ محمد شلبي : المرجع السابق ص ٣٩٥ .

(٢) الأستاذ بلدرين بلدرا . المرجع السابق ص ٣٧٠

(٣) الأستاذ عبد الباقي البكري : المرجع السابق رقم ٢٤٣ ص ٦٢٨ ؛ الأستاذ مصطفى الزرقا . المرجع السابق المجلد الثاني رقم ٥٠٤ ص ٨٦٤ ؛ الأستاذ بلدرين بلدرا : المرجع السابق ص ٣٢٠

ترك التصريح به يعني اعتماد العادة المتعارف عليها .

فاعتبار العادة المتعارف عليها في هذه الحال هو من قبيل الدلالة ، فإذا صرح بخلافها بطلت هذه الدلالة ، إذ أن من القواعد الفقهية المقررة أنه : « لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح » ( المادة ١٣ من المجلد ) .

ويقول العلامة التركي علي حيدر أن العرف يكون حجة إذا لم يكن مخالفاً لنص أو لشرط أحد المتعاقدين ، فلو استخدم شخص أجيراً للعمل من الظهر إلى العصر فقط ليس له أن يلزمه بالعمل من الصبح إلى المساء بحجة أن عرف البلدة هكذا<sup>(١)</sup> .

ويبدو أن تتطلب هذا الشرط مردده ترجيح الشرط الاتفاقي الصريح على أية عادة أخرى لا ضرورة لها مع هذا التصريح .

(٥) ألا تكون العادة مخالفة لأصل من الأصول الشرعية القطعية أو لنص غير قطعي يتعلق بالنظام العام

ويشترط أخيراً في العادة المعتبرة شرعاً ألا تكون معطلة لنص شرعي أو مناقضة لأصل من الأصول الشرعية القطعية ، فإن كانت كذلك فإنها تعد عرفاً فاسداً لا يصح العمل به ، لأن نص الشارع مقدم على العرف ، فقد جاءت الشريعة لتخضع الأفراد لحكمها لا أن تخضع هي لأعرافهم . كذلك لا يجوز أن تخالف العادة نصاً غير قطعي يثبت قاعدة تتعلق بالنظام العام كتحرим الربا والتبني ، لأن النص ورد فيها على وجه يفيد أن التحريم ثابت لمعان فيها ، فهو لا يختلف باختلاف العادات ولا باختلاف الأحوال ، فلا اعتبار للعادة المخالفة لهذا النص الشرعي . أما إذا أفاد النص غير القطعي حكماً لا يتعلق بالنظام العام جاز العمل بالعادة المعارضة له<sup>(٢)</sup> .

وهذا الشرط له مثيل كذلك في فقه القانون الوضعي .

والشروط الخمسة السابقة أجمع الفقه الاسلامي على ضرورة توافرها في العادة المعتبرة شرعاً واللازمة لقيام العرف .

٩٤ - ( ثانياً ) - الركن المعنوي للعرف في الفقه الاسلامي

بيننا سابقاً أن الفقه الاسلامي لم يبرز بشكل واضح الركن المعنوي للعرف والقائم على الاعتقاد بلزوم العادة ، وأنه يمكن استخلاصه من بعض التعريفات فتحيل على ما كنا قد قررناه في هذا الخصوص<sup>(٣)</sup> .

(١) أنظر في هذا الرأي : الأستاذ مصطفى الزرقا : المرجع السابق المجلد الثاني رقم ٥٠٦ ص ٨٦٩ .

(٢) الأستاذ مدران مدران : المرجع السابق ص ٣٢٠ - ٣٢١ ؛ الأستاذ مصطفى الزرقا : المرجع السابق المجلد الثاني رقم ٥٠٧ ص ٨٧٠ ؛ الأستاذ عبد الباقي البكري : المرجع السابق رقم ٢٤٣ ص ٦٢٩ .

(٣) انظر الفقرة ٩٢ .

مما سبق يتبين أن للعرف في نظر الفقه الاسلامي ذات الأركان والشروط المطلوبة فيه في نظر فقهاء القانون الوضعي ، وإن اختلفت في بعض الأحيان التعابير والألفاظ المستعملة في كل منها .



## الفصل الثاني

### القوة الملزمة للعرف

#### ٩٥ - تقسيم :

إن إلقاء الضوء على القوة الملزمة للعرف في كل من القانون الوضعي والفقه الإسلامي يتطلب معالجة هذه المسألة في مبحثين مستقلين :

المبحث الأول : إلزامية العرف في القانون الوضعي .

المبحث الثاني : إلزامية العرف في الفقه الإسلامي .

## المبحث الأول

### الزامية العرف في القانون الوضعي

٩٦ - تمهيد وتقسيم :

لمعرفة القوة الملزمة للعرف في القانون الوضعي لا بد من التعرض لأساس القوة الملزمة له ومدى هذه القوة بالنسبة الى التشريع ، وهذا ما يستدعي تخصيص نبذة لكل منها على حدة .

(أ) - أساس القوة الملزمة للعرف في القانون الوضعي .

(ب) - مدى القوة الملزمة للعرف بالنسبة الى التشريع .

(أ) أساس القوة الملزمة للعرف في القانون الوضعي

٩٧ - اختلاف الآراء حول أساس القوة الملزمة للعرف في الفقه الوضعي :

إذا كان من المقرر أن التشريع يستمد قوته الملزمة من أمر السلطة التي تضعه وتأمّر باتباعه ، فمن أين تأتي للعرف هذه القوة الملزمة ؟ ويعني آخر ما هو الأساس الذي يجعل من العرف مصدراً قانونياً ملزماً من مصادر القانون ؟

لقد تعددت الآراء في هذا الشأن . فبعض الفقهاء يرد القوة الملزمة للعرف الى إرادة المشرع الضمنية ، وبعض منهم يردها الى ضمير الجماعة ، وبعض منهم يردها الى اجتهاد المحاكم ، وبعض منهم يردها الى ضرورة العرف الاجتماعية .

وسنعرض فيما يلي لهذه الآراء بشيء من التفصيل .

٩٨ - (أولاً) - تأسيس الزامية 'عرف على إجازة المشرع الضمنية :

فيرى هذا الرأي ، وهو رأي قديم ، انه ما دام المشرع لا يعترض على العرف الذي يتكون في المجتمع فإن هذا يعني أنه أجازته ضمناً ، وبذلك يجد العرف قوته الملزمة

في إرادة المشرع الضمنية ، فيعتبر العرف مجرد إرادة ضمنية له كما يعتبر التشريع إرادته الصريحة<sup>(١)</sup> .

ويلاحظ على هذا الرأي أن العرف كان أسبق في الوجود من التشريع من الناحية التاريخية بدليل ما كان عليه الحال في المجتمعات القديمة ، مما يثبت أنه مصدر مستقل عنه متصور وجوده دون إقرار المشرع له أو رضاه عنه وبذلك يظهر عجز هذا الرأي عن تبرير القوة الملزمة للعرف في المجتمعات القديمة التي لم تكن قد عرفت المشرع بعد<sup>(٢)</sup> . كما أن إرادة المشرع في حقيقتها ليست إلا تعبيراً عن إرادة الجماعة . فسواء كان المشرع هيئة معينة ، أو سلطة معينة ، فإنه ليس سوى أداة تستخدمها الجماعة للتعبير عن إرادتها في نصوص تشريعية<sup>(٣)</sup> .

#### ٩٩ - (ثانياً) - تأسيس الزامية العرف على ضمير الجماعة :

ويرى هذا الرأي ، الذي يعكس تصور المدرسة التاريخية للقانون ، أن القانون ينشأ ويتطور آلياً في ضمير الجماعة نتيجة لعوامل تاريخية واجتماعية وسياسية ، وأن العرف هو الوسيلة الفطرية الأصلية لخلق القواعد القانونية وأنه يُفضل على التشريع ، باعتباره وسيلة التعبير المباشرة والتلقائية عن ضمير الجماعة بينما التشريع هو وسيلة التعبير المباشرة . وبذلك ينتهي هذا الرأي الى تأسيس قوة إلزامية العرف على الضمير الجماعي<sup>(٤)</sup> Commune conscience du peuple . ويوجد لهذا الرأي أنصار في الفقه الحديث<sup>(٥)</sup> .

ويجب الاعتراف لهذا الرأي بفضله لجهة إبراز أهمية العرف كمصدر من مصادر القانون ، وكمصدر سابق في الوجود على التشريع وهو ما أغفله الرأي السابق ، إلا أن هذا الرأي يغالي لجهة تأسيسه العرف على الضمير الجماعي تلك الفكرة التي يحيطها الغموض والابهام الأمر الذي يجعل وجود هذا الضمير محلاً للشك<sup>(٦)</sup> .

#### ١٠٠ - (ثالثاً) - تأسيس الزامية العرف على اجتهاد المحاكم :

وهذا الرأي يذهب الى أن العرف يستمد قوته الملزمة من إقرار المحاكم له في

(١) أنظر في عرض هذا الرأي بالتفصيل :

F. Gény : op. cit. T. 1 n° 114 p. 335 et s

(٢) الدكتور حسن كيره : المرجع السابق رقم ١٦١ ص ٣٦٨ .

(٣) الدكتور عبد النعم الصلح : للرجع السابق رقم ١١٢ ص ١٥٥ .

(٤) F. Gény: op. cit. T. 1 n° 115 p. 341 (٤)

(٥) الرئيس البير فرحات : المرجع السابق ص ٢٥٠ ؛ الدكتور عبد المعم البدرابي : المرجع السابق رقم ٢١٤

ص ٣٢٨ ؛ الدكتور عبد للنعم الصلح : المرجع السابق رقم ١١٢ ص ١٥٦ .

(٦) F. Gény: op. cit n° 115 p. 344 (٦)

والدكتور حسن كيره : المرجع السابق رقم ١٦٢ ص ٣٦٨ .

اجتهادها ، اذ يرى أن إلزامية العرف لا تنشأ من تلقاء ذاتها ، وإنما ينشئها الاجتهاد انشاءً فيما يعرض عليه من منازعات أي أن العرف - بنظر هذا الرأي - لا يتكوّن إلا بعد حكم المحاكم به ، فالاجتهاد هو الذي يكونه ويخلقه بما يسبغ عليه من قوة الزامية . وعلى رأس المنادين بهذا الرأي الفقيه الفرنسي « لامبير Lambert »<sup>(١)</sup> .

ويؤخذ على هذا الرأي أنه ليس هناك ما يقطع تاريخياً بأن العرف قد استمد قوته الملزمة من اجتهاد المحاكم ، بل الثابت أن هناك قواعد قانونية نشأت بالعرف واكتسبت قوة الإلزام قبل تدخل القضاء في تطبيقها ، أو حتى دون الحاجة الى هذا التدخل كما هو الشأن في بعض قواعد العرف المهني<sup>(٢)</sup> .

على أن هذا لا يجوز أن يقلل من دور الاجتهاد في تحديد مضمون العرف وتدعيم قوته الملزمة ، إذ ان العرف يعوزه في الغالب الوضوح والتحديد . فإذا طلب الى المحاكم تطبيقه ، أتاحت الفرصة لإزالة الغموض والابهام عنه مما يعين على ضبط معنى العرف وتحديد مضمونه . وكذلك للاجتهاد دور كبير في تدعيم قوة الزام العرف ، فلئن كانت هذه القوة كامنة في عقيدة الأفراد بحيث لا يخلقها الاجتهاد ، إلا أنها تجد التطبيق العملي لها على يد اجتهاد المحاكم ، مما يزيد في تأكيدها وتدعيمها وإقبال الأفراد على احترامها<sup>(٣)</sup> .

#### ١٠١ - (رابعاً) - تأسيس إلزامية العرف على ضرورته الاجتماعية :

ويرى الفقيه « جيني » ان العرف ظاهرة تحقق ضرورة اجتماعية دائمة ، إذ أن الثبات اللازم للعلاقات بين الأفراد والاستقرار الضروري لحقوقهم والحاجة الى المساواة ، التي هي أساس كل عدالة ، تقضي بأن القاعدة التي تؤيدها عادة مستقرة لها جزاء مادي تلزم كما يلزم القانون . كما أنها تتفق وغرائز الانسان الخفية التي تتمثل في احترام العادة الثابتة وشعور الأفراد بالرهبة عندما يقدمون على مس ما جرى عليه أسلافهم . وأخيراً فإنها بحسب شروط قيامها ترضي المصالح الفردية المتعارضة في كل نظام قانوني . وعلى هذا الأساس يمكن اعتبار العرف مصدراً ملزماً من مصادر الفانون ، وبالتالي يلتزم القاضي بتطبيقه<sup>(٤)</sup> .

وهذا الرأي الأخير أجدر بالترجيح ، لأن العرف لا يستمد قوته الملزمة لا من المشرع الذي يرضى عنه ضمناً ، ولا من الضمير الجماعي للأفراد ، ولا من الاجتهاد

(١) Lambert: La fonction du droit civil comparé, T. I (1903)

مذكور عند الدكتور حسن كير . المرجع السابق رقم ١٦٣ ص ٣٦٩ والمهام رقم ١ من ذات الصفحة .

(٢) Marty et Ruynaud op. cit. T. I n° 114 p. 203

(٣) Marty et Ruynaud: op. cit. T. I n° 114 p. 203

والدكتور توفيق مرجح . المرجع السابق رقم ١٧٣ ص ٢٧٥ .

(٤) F. Lichner op. cit. T. I n° 116 p. 345



الذي يحكم بقواعده . وإنما للعرف قوة الزام ذاتية مستمدة من الضرورة الاجتماعية التي تفرضه وتحتم وجوده حين لا يوجد تشريع أو حين يكون التشريع ناقصاً . فالعرف في الواقع هو الوسيلة الفطرية الطبيعية لكل مجتمع في حكم سلوك الأفراد فيه ، وفي التصدي لتنظيم ما قد يستعصى على التشريع تنظيمه أو ما يتأخر التشريع عن تنظيمه .

### (ب) مدى القوة الملزمة للعرف بالنسبة الى التشريع الوضعي

#### ١٠٢ - اختلاف مدى القوة الملزمة للعرف باختلاف الحالات :

فدعنا أن العرف في لبنان ، وعلى الرغم من عدم وجود نص عام صريح يجعل منه مصدراً يرجع اليه عند فقدان النص ، يعتبر مصدراً احتياطياً من مصادر القانون فيه <sup>(١)</sup> . فما هو مدى القوة الملزمة للعرف بالنسبة الى التشريع الوضعي اللبناني ؟

لمعرفة هذا الأمر لا بد من التمييز بين ثلاث حالات : (٢)

أولاً : حالة العرف الذي يحيل اليه التشريع .

ثانياً : حالة العرف الذي لا يحيل اليه التشريع .

ثالثاً : حالة تنازع العرف والنصوص التشريعية .

#### ١٠٣ - ( أولاً ) - حالة العرف الذي يحيل اليه التشريع

إذا أحال المشرع الى العرف ، فإن هذا يعني أنه يعترف به مما يتعين معه اكساب العرف قوة ماثلة للتشريع .

وحالة المشرع الى العرف تكون إما صريحة أو ضمنية (٣) :

##### (١) الاحالة الصريحة :

في حال الاحالة الصريحة من قبل النص التشريعي الى العرف يتحتم الاقرار للعرف بذات القوة التي للتشريع . والأمثلة على هذه الاحالة في القانون اللبناني متعددة جداً ، ومنها ما ورد في مجلة الأحكام العدلية ، أو قانون الموجبات والعقود ، أو قانون أصول المحاكمات المدنية أو قانون الملكية العقارية ، أو قانون التجارة ، أو في سواها من القوانين (٤) .

##### (٢) الاحالة الضمنية :

تكون الإحالة ضمنية على العرف عندما يدخل العرف في تحليل بعض النظريات

(١) يراجع فقرة ٨٥ .

(٢) الدكتور ادوار عيد : المرجع السابق رقم ٣٨ ص ٤٦ حق ٤٨ ؛ الدكتور نقولا أسود . المرجع السابق ص ٦٨ وما بعدها .

(٣) الدكتور نقولا أسود : المرجع السابق ص ٦٨

(٤) يراجع بالنسبة الى هذه القوانين ما ورد سابقاً في الفقرة رقم ٨٥

القانونية التي لم ينص عليها المشرع صراحة ، ويتعين على القاضي أن يحلها وأن يقدرها بالاستناد اليه<sup>(١)</sup> . مثال ذلك : نظرية الآداب العامة<sup>(٢)</sup> ، فهذه النظرية تتبدل في مفهومها ومداهما وتطبيقها حسب الزمان والمكان ، وهي تتضمن دوماً الإحالة الضمنية على العرف لتقدير عناصر ومفهوم الآداب العامة . ونظرية الخطأ<sup>(٣)</sup> تتضمن أيضاً الإحالة على العرف ، إذ أن مفهوم العمل الخاطئ يتبدل أيضاً في الزمان والمكان الخ ...

١٠٤ - (ثانياً) - حالة العرف الذي لا يحيل اليه التشريع  
إن العرف غير المحال عليه في النصوص التشريعية هو الذي يؤلف مصدراً مستقلاً للقواعد التشريعية . ومن أمثلته : عرف الدوطة أو البائنة عند الطوائف المسيحية<sup>(٤)</sup> ، والعرف الذي يسمح للزوجة باستعمال اسم زوجها ، والأعراف المتبعة في الأمور التجارية والمصرفية وقضايا العمال والتي بمقتضاها تقفل المؤسسات الخاصة أو البعض منها في أعياد القطاع العام أو تعطي للعاملين في بعض المؤسسات منحة تسمى بالشهر الثالث عشر أو الرابع عشر<sup>(٥)</sup> .

١٠٥ - (ثالثاً) - حالة تنازع العرف والنصوص التشريعية  
القواعد التشريعية قد تكون قواعد الزامية ومتعلقة بالنظام العام أو قواعد مكملة<sup>(٦)</sup> . وقواعد العرف تشتمل بلورها على قواعد متعلقة بالنظام العام وعلى قواعد مكملة .

وقواعد القانون المتعلقة بالنظام العام تتغلب على قواعد العرف أي كانت<sup>(٧)</sup> . وهذا مستفاد من نص المادة ٩ من الدستور اللبناني التي جاء فيها ان « حرية الاعتقاد مطلقة ، والدولة .. تكفل حرية إقامة الشعائر الدينية ... على ألا يكون في ذلك إخلال في النظام العام .. » ، ومن نص المادة ٤ من قانون التجارة القائلة بأنه « على

(١) الدكتور نقولا أسود : المرجع السابق ص ٧١ .

(٢) تنص المادة ١٦٦ موجبات عفوود على « أن قانون العقود خاضع لمبدأ حرية التعاقد ، فللأفراد أن يرتبوا علاقاتهم القانونية كما يشاؤون بشرط أن يراعوا مقتضى النظام العام والآداب العامة والأحكام القانونية التي لها صفة الزامية .

(٣) الدكتور نقولا أسود : ذات المرجع ص ٧١ .

(٤) محكمة استئناف بيروت المدنية ، الغرفة الأولى ، قرار رقم ٥٩٩ تاريخ ١٠ - ٣ - ١٩٦٣ مجلة المحامي ١٩٦١ ص ١٨٠ مذكور عند الدكتور نقولا أسود هامش ١٠١ من ص ٧٣ .

(٥) الدكتور نقولا أسود : المرجع السابق ص ٧٣ و ٧٤ ؛ الدكتور ادوار عيد : المرجع السابق رقم ٣٨ ص ٤٧ .

(٦) يقصد بالقواعد التشريعية الالزامية والمتعلقة بالنظام العام تلك التي لا يجوز للأفراد مخالفتها أو الاتفاق على عكسها ، أما القواعد التشريعية المكملة أو المفسرة فهي تلك التي تلزم الأفراد في حال عدم انصراف إرادتهم الى مخالفتها ( الدكتور ادوار عيد : المرجع السابق رقم ١٧ ص ٢٧ )

(٧) الدكتور نقولا أسود : المرجع السابق ص ٧١ ؛ الدكتور ادوار عيد : المرجع السابق رقم ٣٩ ص ٤٧ .

القاضي ، عند تحديد مفاعيل العمل التجاري ، أن يطبق العرف المتوطد إلا . . . إذا كان متعارضاً مع النصوص الاشتراعية الانزامية » .

ولكن قواعد العرف المكملة تتغلب بنورها على قواعد القانون المكملة ، لأن القانون ذاته نص صراحة على حل كهذا في عدد من أحكامه ، ولأن هذا الحل إنما هو حل عام يجب اعتماده في جميع الحالات ، وأخيراً لأن العرف المكمل يفترض فيه أن يكون معبراً أكثر من القاعدة المكملة عن رضى الجماعة<sup>(١)</sup> . ومن الأمثلة على ذلك : المادة ٥٥١ موجبات وعقود التي تنص « على المؤجر أن يدفع الضرائب والتكاليف المختصة بالمأجور ما لم يكن هناك نص أو عرف مخالف » ، والمادة ٧٩٢ من ذات القانون التي تنص « على الموكل أن يقدم للوكيل الأموال وسائر الوسائل اللازمة لتنفيذ وكالته ، ما لم يكن ثمة اتفاق أو عرف مخالف »<sup>(٢)</sup> .

---

(١) الدكتور نقولا أسود : المرجع السابق ص ٧٢ ؛ الدكتور ادوار عبد الرزق السابق رقم ٣٩ ص ٤٧ - ٤٨ .  
(٢) يراجع أيضاً : المولد ٥٤٠ و ٥٥١ و ٥٨١ و ٥٨٧ و ٥٩١ موجبات وعقود المتعلقة بعقد الإيجار والمادة ٦٥٣ منه المتعلقة بعقد العمل .

## المبحث الثاني الزامية العرف في الفقه الاسلامي

١٠٦ - تقسيم :

لمعرفة الزامية العرف في الفقه الاسلامي لا بد من بحث أساس القوة الملزمة للعرف في هذا الفقه ومدى هذه القوة بالنسبة الى النصوص الشرعية ، وهذا ما يستدعي تقسيم هذا المبحث الى النبتتين الآتيتين :

النبتة الأولى : أساس القوة الملزمة للعرف في الفقه الاسلامي .  
النبتة الثانية : مدى القوة الملزمة للعرف بالنسبة الى النصوص الشرعية .

(أ) أساس القوة الملزمة للعرف في الفقه الاسلامي  
١٠٧ - عدم وجود تباين في الآراء حول أساس القوة الملزمة للعرف في الفقه الاسلامي وإقامته على الضرورة الاجتماعية :

إذا كان الفقه الوضعي قد اختلف حول أساس القوة الملزمة للعرف ، فإن الفقه الاسلامي لم يعرف مثل هذا الخلاف ويتجه الى إقامة القوة الملزمة للعرف على أساس ضرورته الاجتماعية وحاجة الناس اليه لتحقيق مصالحهم العملية بدلالة جريانهم عليه لما فيه من مصلحة راجحة لهم لا غنى عنها . فجريان الناس على العرف في أمورهم يعد أقوى دليل على حاجتهم اليه وأنه يحقق مصالحهم الحياتية وأنه ضرورة لا غنى عنها لتنظيم الحقوق والموجبات بينهم على أساس وفائه بالحاجة والمصلحة والتوجيه الى أفضل الحلول . فالشرائع الإلهية إنما تبغي بأحكامها المدنية تنظيم مصالح البشر وحقوقهم ، فتقر من أعراف الناس ما تراه محققاً لغايتها ، ملائماً لأمسها وأساليبها<sup>(١)</sup> . ومتى ثبتت

---

(١) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق رقم ١٤١ ص ٢٦٩ ، الاستاد مصطفى الرزقا . المرجع السابق للجلد الأول رقم ٣٧ ص ١١٠ ، الاستاد محمد الشليبي . المرجع السابق ص ٣١٨ و ٣٢٣

ضرورة العرف الاجتماعية فقد وجب أن يكون ملزماً .

ويظهر من ذلك أن الفقه الاسلامي يؤسس القوة الملزمة للعرف على أساس ضرورته الاجتماعية وحاجة الناس اليه لما فيه من مصلحة تحقق لهم النفع وتدفع عنهم الضرر ، فلو منعوا عما تعارفوا عليه وقعدوا في الحرج ولحققتهم المشقة ، بإقرار القوة الملزمة للعرف تخفيف على الناس ورفع الحرج عنهم وهو يتوافق مع أصل من أصول الشريعة الاسلامية المقررة في القرآن والسنة وهو رفع الحرج عن الناس . فقد جاء في القرآن ﴿ وما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾ ﴿ يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ﴾ .

وموقف الفقه الإسلامي إزاء أساس القوة الملزمة للعرف يقرب من الرأي الراجح في الفقه الوضعي الذي يؤسس القوة الملزمة للعرف على ضرورته الاجتماعية<sup>(١)</sup> .

### (ب) مدى القوة الملزمة للعرف بالنسبة الى النصوص الشرعية

١٠٨ - تمهيد :

ان التطرق الى معرفة مدى القوة الملزمة للعرف في الفقه الاسلامي إزاء النصوص الشرعية يستدعي بادئ ذي بدء الاشارة الى مصادر الفقه الاسلامي بصورة موجزة ومنزلة العرف بينها ، ثم التعرض الى مدى هذه القوة حسب الحالات التي تطرأ .

#### ١٠٩ - مصادر الفقه الاسلامي ومنزلة العرف بينها :

إن مصادر الفقه الاسلامي أي منابعه التي يستقي منها قواعده الشرعية هي في نظر الفقهاء أربعة : القرآن ، والسنة النبوية ، وإجماع العلماء ، والقياس<sup>(٢)</sup> . ويجانب هذه المصادر الأساسية توجد مصادر أخرى دل القرآن والسنة على اعتبارها شرعاً وأهمها : الاستحسان والمصلحة المرسلة والعرف<sup>(٣)</sup> . وهذه المصادر كلها مرجعها في النهاية الى القرآن والسنة ، ذلك أن الحكم الشرعي يؤخذ من النص من قرآن أو سنة ، أو من رد الى النص ، ومن ثم فكل المصادر عدا القرآن والسنة مُشتقة من هذين المصدرين ،

(١) الدكتور عبد العزيز عامر . المرجع السابق رقم ١٤١ ص ٢٦٨ و ٢٦٩ .

(٢) وبما يدل على اعتبار هذه المصادر ما جاء في القرآن ﴿ يا أيها الذين آمنوا اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولي الامر منكم فان تنازعتم في شئ فردوه الى الله والرسول ﴾ (سورة النساء الآية رقم ٥٩) . فالأمر باطاعة الله واطاعة الرسول أمر باتباع القرآن والسنة ، واطاعة أولي الامر يكون باتباع ما يجمع عليه علماء المسلمين ، والرد الى الله والرسول أمر باتباع القياس ، لأن القياس هو رد ما توزع فيه الى النصوص ( الدكتور عبد العزيز عامر . المرجع السابق رقم ٦٨ ص ١٤٢ و ١٤٣ )

(٣) يقصد بالاستحسان المدلول من حكم تظايرها الى حكم آخر لوجه يقتضي هذا المدلول . ويقصد بالمصلحة المرسلة كل مصلحة لم يرد في الشرع نص على اعتبارها مبيهاً أو نوحها ( الأستاذ مصطفى الرقا . المرجع السابق المجلد الأول رقم ١٤ ص ٤٨ ورقم ٣٣ ص ٦٣ ) .

مقتبسة منها ، بحيث لا يرجع إليها إلا إذا أعىى البحث في القرآن أو في السنة<sup>(١)</sup> .  
تأ تقدم يتضح أن العرف في الفقه الاسلامي يعتبر مصدراً تبعياً أو احتياطياً يلي  
النص الشرعي مرتبة أسوة ببقية المصادر الأخرى .

ونحن إذ نقدم العرف في المرتبة على بنية المصادر الاحتياطية ونجعلها تالياً للنص  
الشرعي مرتبة فلأن معظم الفقهاء المسلمين يقرّون له هذه المنزلة المتقدمة ولو لم يفصحوا  
عن ذلك عند ترتيبهم لمصادر الأدلة الشرعية .

- فجمهور الفقهاء يرى أن كثيراً من الأعراف العملية ترجع قوتها الملزمة الى  
الإجماع السكوتي كبيع التعاطي والاستصناع<sup>(٢)</sup> ، أو الإجماع الذي لا يعرف له  
مخالف<sup>(٣)</sup> . بل إن البعض ذهب الى أن الإجماع كان في أول الأمر عرف أهل المدينة ، ثم  
تطور بعد ذلك فصار إجماع العلماء في كل عصر<sup>(٤)</sup> .

- والمذهب الحنفي يقدم العرف على القياس المعارض له ، لأن القياس المخالف في  
نتيجته للعرف الجاري يؤدي الى الحرج ، فيكون ترك الحكم القياسي والعمل بمقتضى  
العرف هو من قبيل الاستحسان المقدم على القياس<sup>(٥)</sup> .

- والإمام مالك يعتبر العرف نوعاً من المصلحة المرسله حتى انه خصص به الناس  
الشرعي .

- والإمام أحمد بن حنبل أخذ بالعرف عند تطبيق الأحكام وتفسير النصوص  
الشرعية<sup>(٦)</sup> .

- والمذهب الجعفري يقدم المعنى العرفي على المعنى اللغوي في نطاق الأعمال  
والالتزامات القانونية طالما لا يوجد معنى شرعي لها<sup>(٧)</sup> .

فطالما أن اتجاه المذاهب الاسلامية المتعددة يذهب الى إحلال العرف محل الإجماع  
باسناده اليه ، وتفضيله العرف على القياس المخالف له ، واعتباره نوعاً من المصلحة  
المرسله والعمل به استحساناً ، والاعتداد به عند تفسير النصوص الشرعية ، فلماذا لا

---

(١) الدكتور عبد العزيز عاصم : المرجع السابق رقم ٦٨ ص ١٤٤ .

(٢) يقصد ببيع التعاطي : البيع بالقبض والدفع دون إيجاب وقبول باللفظ كشراء سلعة مكتوب عليها ثمنها فيدفع  
الشاري الثمن ويأخذها ويغني تحت نظر البائع الساكت . أما عقد الاستصناع فيقصد به الاتفاق على صنع  
أشياء معينة لا تكون موجودة وقت الاتفاق .

(٣) الأستاذ عبد الباقي البكري : المرجع السابق رقم ٢٤٤ ص ٦٣٠ .

(٤) الدكتور عدنان القزولي : المرجع السابق ص ٣٥١ .

(٥) الأستاذ مصطفى الزرقا : المرجع السابق المجلد الأول رقم ٣٩ ص ١١٢ .

(٦) الأستاذ محمد شليبي : المرجع السابق ص ٣٢١ .

(٧) الأستاذ محمد جواد معية : المرجع السابق ص ٣٠ .

يوضع العرف ابتداء في مرتبة متقدمة على هذه المصادر التبعية ؟ فالتحليل الواقعي والمنطقي لمواقف المذاهب الإسلامية الخمسة يحتم التسليم للعرف بمنزلة تالية على النص الشرعي ، وهذا الأمر ان لم ينتبه إليه الفقه الإسلامي فلأنه لم يستعرض العرف ضمن نظرية عامة جامعة لمختلف المصادر التبعية التي اسند إليها أو عطف عليها .

#### ١١٠ - العرف في الفقه الإسلامي مصدر احتياطي يلي النص الشرعي مرتبة :

بعد استعراض التحليل السابق لموقف الفقه الإسلامي من العرف يتضح أنه يعتبر فيه مصدراً احتياطياً للنص الشرعي ويليهِ في المرتبة .

ولتين الصورة الصحيحة للدور الذي يلعبه العرف في الفقه الإسلامي بالنسبة إلى النصوص الشرعية يحسن مجازة التقسيم الذي لجأ إليه الفقه الوضعي عند تعرضه لمشكل هذه المسألة ، وذلك تقريباً للمبادئ بعضها من بعض واستجلاء للحقيقة الموضوعية .

وعملاً بهذا المنطق يتعين التمييز بين ثلاث حالات :

أولاً : حالة العرف الذي يحيل إلى النص الشرعي .

ثانياً : حالة العرف الذي لا يحيل إلى النص الشرعي .

ثالثاً : حالة تنازع العرف والنصوص الشرعية .

#### ١١١ - (أولاً) - حالة العرف الذي يحيل إلى النص الشرعي

وهنا يجب التأكيد أيضاً أنه إذا أحال الشارع إلى العرف فهذا معناه أن له قوة ملزمة مماثلة للنص الشرعي .

وإحالة الشارع إلى العرف قد تكون صريحة أو ضمنية .

##### (١) الاحالة الصريحة :

في هذه الاحالة يحيل الشارع على العرف بنص صريح . ومن أمثلتها ما جاء في القرآن « خذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ »<sup>(١)</sup> . فالعرف في هذا النص القرآني ، وإن كان قد ورد في معناه اللغوي - أي بمعنى المستحسن والمألوف - فإنه لا يخلو من معناه الفقهي من حيث هو عرف الناس في أعمالهم وتصرفاتهم القانونية ، لأن ما يتعارف عليه الأفراد دليل على حاجتهم إليه فيكون من الأمور المستحسنة شرعاً<sup>(٢)</sup> .

##### (٢) الاحالة الضمنية :

تكون الإحالة ضمنية على العرف عندما يكون كاشفاً عن الحكم الشرعي في بعض القواعد الشرعية المطلقة التي تختلف باختلاف الزمان والمكان ، فهذه القواعد

(١) سورة الأعراف الآية رقم ١٩٩ .

(٢) الأستاذ مصطفى الزرقا : المرجع السابق المجلد الأول رقم ١٠٣ ص ١١١ .

يفسرها ويحدها العرف<sup>(١)</sup> . ومن أمثلتها : إن القرآن أوجب النفقة للزوجة بنص مطلق « لينفق ذو سعة من سعته »<sup>(٢)</sup> ، فأوجبهما بقدر الوسع ولم يبين مقدارها ، فتقدر النفقة على أساس العرف . وإن الشارع نهى عن الفحشاء في كثير من النصوص القرآنية « وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى »<sup>(٣)</sup> . وفي السلاط يأتين الفاحشة من نسائكم . . .<sup>(٤)</sup> « فإن أتسى بفاحشة فعلهين نصف ما على المحصنات من العذاب »<sup>(٥)</sup> ولم يبين مدلول الفحشاء فيرجع الى عرف الناس بشأن ما يعتبر من الفحشاء وهو أمر يختلف باختلاف الزمان والمكان .

١١٢ - (ثانياً) - حالة العرف الذي لا يحيل اليه النص الشرعي  
وهذا العرف يعد في نظر الفقه الاسلامي مصدراً عظيماً للشأن لكثير من الأحكام الشرعية بين الناس في شتى شعب الفقه وأبوابه ، وله قوة واسعة المدى في خلق القواعد القانونية لمختلف النزاعات والحالات الطارئة . فالعرف لا تغني عنه النصوص ، لأنها لا يمكن أن تستوعب جميع التفصيلات والاحتمالات ، هذا فضلاً عن أن كثيراً منها مبني على العرف ، ويتبدل فيها الحل بتبدل العرف بحيث لا يمكن وضع مبدأ ثابت فيه<sup>(٦)</sup> .  
ومن أمثلته :

#### (١) العرف اللفظي أو القولي :

فقوة هذا العرف ان كل متكلم يحمل كلامه على لغته وعرفه فينصرف الى المعاني المقصودة بالعرف حين التكلم ، وإن خالفت المعاني الحقيقية التي وضع لها اللفظ في أصل اللغة ، لأن العرف الطارئ قد نقل تلك الألفاظ الى معان أخرى صارت هي الحقيقة العرفية المقصودة باللفظ ، في مقابل الحقيقة اللغوية<sup>(٧)</sup> .

وعن هذا أثبت الفقهاء المسلمون القاعدة القائلة « الحقيقة ترك بدلالة العادة » أي العرف ( المادة ٤٠ من المجلة ) ووضعوا المبدأ القائل « يحمل كلام الخالف والناذر والموصي والواقف وكل عقد على لغته وعرفه ، وإن خالف لغة العرب ولغة الشارع »<sup>(٨)</sup> .  
قد يكون معنى اللفظ في أصل اللغة طلاقاً فيصبح في العرف زجراً محضاً لا دلالة

(١) الأستاذ محمد شلبي : المرجع السابق ص ٣٢٦ .

(٢) سورة الطلاق الآية رقم ٧

(٣) سورة النحل الآية رقم ٩٠ .

(٤) و (٥) سورة النساء الآية ١٥ و ٢٥

(٦) الأستاذ مصطفى الزرقا : المرجع السابق المجلد الثاني رقم ٤٩١ ص ٨٤١ و ٨٤٢

(٧) ويأخذ بهذا العرف كذلك للمذهب الجعري ( الأستاذ محمد جواد منقبة . المرجع السابق ص ٣٠ ) .

(٨) ابن عابدين : في مجموعة رسائل الجزء الثاني ص ١٣٣ مذكور عند الأستاذ الزرقا : المرجع السابق المجلد الثاني رقم ٤٩٣ ص ٨٤٤ .



له على الطلاق ، أو بالعكس<sup>(١)</sup> .

(٢) عرف الأعمال المادية والقانونية  
فمثلاً :

- انه في مسائل الجوار لا يجوز لصاحب الحق أن يتجاوز في استعماله الى حد يضر  
بغيره ، فلو فعل كان ضامناً للضرر . ومقياس التجاوز وعده انما هو العرف ، فلو أوقد  
صاحب الأرض ناراً في أرضه فتطاير منها ما أحرق شيئاً لجيرانه ، فإن كان قد أوقدها  
بصورة معتادة عرفاً فهو غير ضامن ، وإن تجاوز المعتاد أو أوقدها في هبوب الريح كان  
ضامناً .

- وكذلك فإنه في العارية ليس للمستعير أن يجاوز المعتاد عرفاً في كيفية استعمال  
العارية ، فإن فعل كان ضامناً إن هلكت أو تضررت ، رغم أن العارية في الأصل تعتبر  
أمانة في يده غير مضمونة ، وذلك لأنه يتجاوز المعتاد في استعمالها يصبح بنظر العرف  
متعدياً<sup>(٢)</sup> .

وفي هذا المعنى جاءت المادة ٤٥ من المجلة بقولها : « التعيين بالعرف كالتعيين  
بالنص » .

(٣) العرف المرجح في إثبات الحقوق

وهذا النوع من العرف يعتبر قرينة مرجحة في إثبات الحقوق عند التنازع حولها .  
فإذا اختلف الثنا في شيء ولا بينة لواحد منهما على الآخر حُكِمَ العرف في ذلك فمثلاً  
لو اختلف الزوجان على ملكية أثاث المنزل الزوجي فيحكم لكل منهما بما تعارف الناس  
اه خاص به . كما أن الفقهاء قرروا أن العرف يؤدي الى عدم سماع الدعوى اذا كانت  
مخالفة له ، كما لو تركها صاحبها بدون عذر مدة طويلة من الزمن ، إذ العرف جرى بين  
الناس أن صاحب الحق لا يسكت عن المطالبة به مدة طويلة مع تمكنه من الادعاء<sup>(٣)</sup> .

١١٣ - ( ثالثاً ) - حالة تنازع العرف والنصوص الشرعية

إن النصوص الشرعية من قرآن أو سنة قد تكون نصوصاً خاصة أمرة أو متعلقة  
بالنظام العام الاسلامي ونصوصاً عامة<sup>(٤)</sup> .

والعرف ببلوره قد يكون خاصاً أو عاماً .

(١) الأستاذ مصطفى الزرقا . ذات المرجع رقم ٤٩٣ ص ٨٤٤ .

(٢) الأستاذ مصطفى الزرقا : ذات المرجع رقم ٤٩٧ ص ٨٥٢ .

(٣) الأستاذ محمد شلبي : المرجع السابق ص ٣٢٩ .

(٤) النص الخاص الأمر هو ذلك الذي تولى الشارع نفسه تحديد ما جاء فيه ونهى عن مخالفة أحكامه ، أما النص  
العام فهو ذلك الذي يكون حكمه عاماً شاملاً لمختلف الحالات بما فيها العرف ( الأستاذ مصطفى الزرقا .  
المرجع السابق المجلد الثاني رقم ٥٠٩ ص ٨٧١ ) .

- والنصوص الشرعية الخاصة بالأمره تتغلب على العرف الذي يخالفها أياً كان ، لأن نص الشارع مقدم على العرف ، إذ الشريعة جاءت لتنفذ أحكامها وتحترم ، فلا يجوز تعطيلها بالتعارف على خلافها ، وإلا لم يبق للشرع من معنى (١) . وبناء على ذلك إذا نعارف الناس على مسألة ما ، وكانت هذه المسألة منهي عنها ومنوعة بنص خاص ، كما كان العرب في عصر الجاهلية متعارفين على التبيي وإجراء حكم البنية الحقيقية فيه فعاء القرآن ونهى عنه ، فإن هذا العرف لا اعتبار له ولا قيمة . وإذا تعارف الناس على أمر من الأمور يفهم من النصوص التي تنظمه أنه متعلق بالنظام العام الاسلامي ، كتحرير المحرمات المطلقة ، ووجوب التراضي في العقود ، ومنع الأذى عن الناس وقمع الاجرام ، فإنه لا يجوز الاعتراف للعرف المخالف له بأية قيمة (٢) .

فالنص الخاص الأمر أو المتعلق بالنظام العام هو المعتبر شرعاً ولو وجد عرف عام أو خاص مخالف له .

على أنه يستثنى من حالة النص الخاص الأمر صورة واحدة وذلك عندما يكون هذا النص حين صدوره من الشارع مبنياً على عرف قائم ، ومعللاً به ، فإن النص عندئذ يكون عرفياً فيبدل حكمه مع العرف ويتبدل به . ومن أمثله حديث الرسول بشأن الفتاة البكر الذي جاء فيه « اذنها صماتها » ، أي سكوتها حيث اعتبر سكوتها عند استئذان وليها لها في تزويجها من رجل اذنًا وتوكيلاً . فقد اتفق فقهاء على أن هذا الحكم في الفتاة البكر مبني على ما هو معروف في الفتاة من الخجل في إظهار رغبتها ، فإذا فرض أن هذا العرف تبدل وأصبحت الفتاة لا تتحرج في إعلان رغبتها أو عدمه ، فإن السكوت لا يصحح أن يعتبر اذنًا منها لوليها ولا يرد من التصريح به (٣) .

- ولكن إذا تنازع النص العام مع العرف المخالف له ، فإن كلمة الفقهاء لم تتفق على حل واحد :

فقد ذهب الحنفية الى القول بأن العرف العام يقوى على تخصيص النص العام سواء كان هذا العرف عملياً أو لفظياً (٤) .

وقال الشافعية أن الذي يقوى على تخصيص النص العام إنما هو العرف اللفظي .

ومن الأمثلة التي يذكرها الفقهاء لتخصيص النص العام بالعرف العام عقد الاستصناع . فقد ثبت في السنة أن النبي « نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في

(١) الأستاذ مصطفى الزرقا ، المرجع السابق المجلد الثاني رقم ٥١٠ ص ٨٧٣ ، الأستاذ بدران مدران - المرجع السابق ص ٣٢٠

(٢) الأستاذ مصطفى الزرقا - المرجع السابق المجلد الثاني رقم ٥٤٠ ص ٩١٥ .

(٣) الأستاذ مصطفى الزرقا : المرجع السابق المجلد الثاني رقم ٥١٥ ص ٨٨١

(٤) انظر في معنى العرف اللفظي والعرف العملي ما جاء سابقاً فقرة ١١٢ رقم ١

السَّلَم<sup>(١)</sup> ، فهذا النص العام منع كل أنواع البيوع التي لا يكون فيها المبيع موجوداً في ملك البائع سوى السَّلَم الذي استثناه لما فيه من مصلحة باستلاف الثمن للاستعانة به على الانتاج . فعقد الاستصناع يشمله بالمتن عموم النص المانع ، لأنه عقد على معلوم ، ولكنه عقد تعارفه جميع الناس في مختلف البلاد لاحتياجهم اليه ، فأجمع الفقهاء على جوازه لجريان العرف به ، واعتبر هذا العرف تخصيصاً لعموم النص .

أما العرف الخاص بمكان معين أو بطائفة معينة ، كعرف التجار والصناع فالراجح في المذهب الحنفي أنه لا يجوز أن يخالف النص العام ، لأنه إذا كان عرف منطقة معينة أو طائفة معينة من الناس يقتضي تخصيص النص ، فإن عدم وجود عرف معين لدى بقية المناطق والناس قد لا يستدعي ذلك ، فلا يثبت التخصيص بالشك بوجوده<sup>(٢)</sup> .

والمذهب المالكي يقول بأن العرف العملي يخص النص العام كما يقيده النص المطلق . ومثال ذلك ما يقوله الامام مالك من أن المرأة الشريفة القدر لا تلزم بارضاع ولدها إن كان يقبل الرضاع من غيرها للمصلحة العرفية في ذلك فقد قال ابن العربي ان هذا تخصيص لعموم قوله تعالى ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾<sup>(٣)</sup> .

## ١١٤ - خاتمة العرف في الاسلام :

نخلص من هذا الموضوع الى الآتي .

١ - ان العرف في الفقه الاسلامي يختلف مذاهبه يُعتبر مصدراً مهماً من مصادر القانون الاسلامي بالنظر لما يمثله من ضرورة اجتماعية تفي بالحاجات الطارئة والمستجدة التي لم تتناولها النصوص الشرعية أو لم توضحها أو لم تفصلها ، فضلاً عن أن كثيراً من هذه النصوص مبني في الأساس على العرف ، ويتبدل فيها الحل العملي التطبيقي تبعاً لتبدل العرف ؛ وقد قال بعض الفقهاء عنه أنه دليل أو مصدر أصولي بنى الله عليه الأحكام وربط به الجلال والحرام واشترط البعض في القاضي والفقهاء أن يكونا عالمين بأعراف الناس .

٢ - ان تعريف الفقه الاسلامي للعرف مشابه تقريباً لتعريفه في الفقه الوضعي ، وان كان بعض الفقهاء المسلمين قد ركزوا فيه على إظهار الركن المادي القائم على الاعتياد دون ركنه المعنوي المبني على عقيدة الالتزام الأمر الذي استخلصناه من مجمل تعريفاتهم ، وقد تبين من الدراسة أن الشروط المطلوبة في العرف بمفهومه الاسلامي هي

(١) السَّلَم هو بيع شيء غير معين مؤجل التسليم شمس معجل (المادة ١٢٣ من المحلة) كبيع كمية من القمح المئتين الوصف الى شهرين مثلاً مع تمجيل الثمن

(٢) الأستاذ بدران بدران : المرجع السابق ص ٣٢١-٣٢٢ .

(٣) الأستاذ مصطفى الزرقا . المرجع السابق المجلد الثاني رقم ٥٢٠ ص ٨٨٨ .

ذات الشروط تقريباً التي يشترطها الفقه الوضعي وإن اختلفت التعابير .

٣ - إن أساس القوة الملزمة للعرف في الفقه الاسلامي ، كما هو الراجح في الفقه الوضعي ، يقوم على ضرورته الاجتماعية وحاجة الناس اليه ودفعاً للضرر عنهم ، فقد جاء في القرآن ﴿ وما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾ و﴿ يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ﴾ .

٤ - إن العرف في الفقه الاسلامي ، كما هو الحال في القانون الوضعي ، يُعتبر مصدراً تبعياً أو احتياطياً يلي النص الشرعي مرتبة ، وإن كان هذا الفقه لم يتنبه الى هذه الحقيقة لأنه لم ينظر إليه من خلال نظرية عامة تحدد مرتبته الفعلية بالنسبة الى سائر المصادر التبعية الأخرى التي قدمها عليه .

٥ - إن الدور الذي يقوم به العرف في الفقه الاسلامي إزاء النصوص الشرعية شبيه الى حد كبير بالدور الذي يلعبه العرف في الفقه الوضعي بالنسبة الى التشريع في مختلف الحالات التي يطرح فيها مع وجود بعض الفروقات القليلة .

وبذلك نأتي الى ختام هذه الدراسة التي تناولت موضوعي « القضاء والعرف في الإسلام » . فعلاحتها من مختلف جوانبها مستهدفاً عرضها في صورة واضحة مركزة قريبة من الأذهان على هدى منهجية البحث القانوني المفارن .

## أ - مراجع القضاء في الاسلام

- ١ - ابن أبي حديد : نهج البلاغة ، المجلد ٤ ، دار احياء التراث العربي .
- ٢ - ابن خلدون : المقدمة ، الجزء الأول من كتاب العبر وديوان المبتدأ والخبر .
- ٣ - أبو الحسن الماوردي :  
- الأحكام السلطانية والولايات الدينية ، المكتبة التوفيقية بالقاهرة .  
- أدب القاضي ، جزءان ، تحقيق محيي هلال سرحان ، بغداد مطبعة الإرشاد . ١٩٧١ .
- ٤ - أحمد أمين : فجر الاسلام ، الطبعة العاشرة ١٩٦٩ ، دار العلم للملايين .
- ٥ - دكتور ادوار عيد : موسوعة أصول المحاكمات المدنية ، ج ٢ ( ١٩٧٨ ) ، مطبعة نمم .
- ٦ - دكتور القطب محمد طبلية : الفكر السياسي في الاسلام ، مجلة القانون والاقتصاد لجامعة القاهرة ، السنة ٣٩ ( لعام ١٩٦٩ ) عدد ٣ صفحة ٧٨٣ وما بعدها .
- ٧ - بطرس البستاني . محيط المحيط ، المجلد الثاني صفحة ١٧٢٦ و ١٧٢٧ كلمة قضاء .
- ٨ - خير الدين الزركلي : الأعلام ، قاموس تراجم ، ٨ أجزاء ، دار العلم للملايين طبعة ٥ لعام ١٩٨٠ .
- ٩ - زكي الدين شعبان : الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية ، القاهرة دار النهضة العربية ١٩٦٨ - ١٩٦٩ .
- ١٠ - سليم باز : شرح المجلة ، بيروت ١٩٢٣ ، المطبعة الأدبية .
- ١١ - سميح عاطف الزين : مجمع البيان الحديث ( قصص الأنبياء في القرآن الكريم ) ، بيروت ، دار الكتاب اللبناني ١٩٨٠
- ١٢ - دكتور صبحي الصالح : النظم الاسلامية ، بيروت ١٩٨٠ ، دار العلم للملايين
- ١٣ - دكتور صبحي عمصاني :  
- الأوضاع التشريعية في الدول العربية ، الطبعة الثانية ١٩٦٢ ، بيروت دار العلم للملايين .

- الأوزاعي ، ١٩٧٨ ، بيروت ، دار العلم للملايين .
- المجتهدون في الحق ، بيروت ١٩٧٩ ، دار العلم للملايين .
- المجتهدون في القضاء ، بيروت ١٩٨٠ ، دار العلم للملايين .
- تراث الخلفاء الراشدين ، في الفقه والقضاء ، بيسروت ١٩٨٤ ، دار العلم للملايين .
- ١٤ - ظافر القاسمي : نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الاسلامي ( السلطة القضائية ) ، بيروت ١٩٧٨ ، دار النفائس .
- ١٥ - عبد الباقي البكري : المدخل لدراسة القانون والشريعة الاسلامية ، الجزء الأول ، طبعة ١٩٧٢ ، العراق - النجف مطبعة الآداب .
- ١٦ - دكتور عبد الحميد متولي : الاسلام وهل هو دين ودولة ، مجلة القانون والاقتصاد لجامعة القاهرة ، السنة ٣٤ ( لعام ١٩٦٤ ) عدد ٤ صفحة ١٠٢٥ وما بعدها .
- ١٧ - دكتور عبد الرحمن الشرفاوي : شخصيات اسلامية ، أئمة الفقه التسعة ، بيروت ١٩٨١ ، دار اقرار .
- ١٨ - دكتور عبد الوهاب حومد : الوسيط في الاجراءات الجزائية الكويتية ، الطبعة الثالثة ١٩٨٢ ، جامعة الكويت .
- ١٩ - علي حسين فهمي : الحسبة في الشريعة الاسلامية ، المجلة الجنائية القومية المصرية ، المجلد الرابع ( لعام ١٩٦١ ) عدد ٣ صفحة ٣٧٧ وما بعدها .
- ٢٠ - علي حيدر : درر الحكماء شرح مجلة الأحكام ، تعريب المحامي فهمي الحسيبي ، الجزء الرابع ، منشورات دار النهضة ، بيروت - بغداد ، بدون تاريخ .
- ٢١ - علي علي منصور : نظم الحكم والإدارة في الشريعة الاسلامية ، الطبعة الأولى ١٩٦٥ ، القاهرة مطبعة نجيم .
- ٢٢ - الدكتور محمد سلام مذكور : القضاء في الاسلام ، القاهرة ١٩٦٤ ، دار النهضة العربية .
- ٢٣ - محمد فريد وجدي : المصحف المفسر ، القاهرة ، مطابع الشعب
- ٢٤ - الدكتور محمود محمود مصطفى : تطور قانون الاجراءات الجنائية في مصر والدول العربية ، القاهرة ١٩٦٩ ، دار النهضة العربية .
- ٢٥ - منصور علي ناصف : التاج الجامع للأصول في أحداث الرسول ، الجزء الثالث ، القاهرة ١٩٦٢ ، المكتبة الاسلامية
- ٢٦ - الباهي الماللي : تأريخ قضاة الأندلس ، بيروت ، منشورات المكتب التجاري ، بدون تاريخ .
- ٢٧ - وكيع : محمد بن خلف بن حبان ، أخبار القضاة ، ٣ أجزاء ، بيروت عالم الكتب ، بدون تاريخ .

Milliot (L.): Introduction à l'étude du Droit Musulman, Rec Sirey 1970. - ٢٨  
Tyan (E.): Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam, T. 1 - ٢٩  
(1938), Lib. Rec. Sirey.

## ب - مراجع العرف في الإسلام

أولاً : المراجع العربية :

أ - المراجع في أصول الفقه الإسلامي :

- ١ - بدران أبو العنين بدران « أصول الفقه » ، الإسكندرية ١٩٦٥ دار المعارف .
- ٢ - د. صبحي محمصاني « المبادئ الشرعية والقانونية » ، الطبعة السابعة ١٩٧٧ ، بيروت دار العلم للملايين .
- ٣ - عبد الباقي البكري « المدخل لدراسة القانون والشرعية الإسلامية » ، الجزء الأول ١٩٧٢ ، مطبعة الآداب في النجف .
- ٤ - د. عبد العزيز عامر « المدخل لدراسة القانون المقارن بالفقه الاسلامي » القاهرة ١٩٦٩ ، المطبعة العالمية .
- ٥ - محمد جواد مغنية « علم أصول الفقه » بيروت ١٩٧٥ ، دار العلم للملايين .
- ٦ - محمد مصطفى شلبي « أصول الفقه الإسلامي » ، بيروت ١٩٧٤ ، دار النهضة العربية .
- ٧ - مصطفى الزرقا « المدخل الفقهي العام » الجزء الأول المجلد الأول ١٩٦١ ، المجلد الثاني ١٩٥٨ ، دمشق مطبعة الجامعة .

ب - المراجع في أصول القانون :

- ١ - د. أحمد أبو ستيت « أبحاث في أصول القوانين » مجلة القانون والاقتصاد لامتازة الحقوق في جامعة القاهرة ، السنة ٤ ( ١٩٣٥ ) .
- ٢ - د. إدوار عويد « الوجيز في المدخل الى علم القانون » بيروت ١٩٧٨ ، مطبعة ثمم .
- ٣ - ألبير فرحات « القانون المدني - مقدمة عامة » ، محاضرات لطلاب السنة اولى حقوق الجامعة اللبنانية ١٩٦٦ - ١٩٦٧ .
- ٤ - د. توفيق فرج « المدخل الى العلوم القانونية » ، بيروت ١٩٧٥ ، مكتبة مكاوي .
- ٥ - د. حسن كيرة « المدخل الى القانون » بيروت ١٩٦٧ ، دار النهضة العربية .
- ٦ - د. سليمان مرقس « المدخل للعلوم القانونية » ، الطبعة الرابعة ١٩٦١ ، مطابع الجامعات المصرية .

- ٧ - د. صبحي محمصاني «الأوضاع التشريعية في الدول العربية» طبعة ١٩٦٢ ، بيروت دار العلم للملايين .
- ٨ - د. عبد المنعم البدرأوي «المدخل للعلوم القانونية» بيروت ١٩٦٦ ، دار النهضة العربية .
- ٩ - د. عبد المنعم الصدة «أصول القانون» بيروت ١٩٧٨ ، دار النهضة العربية .
- ١٠ - د. عدنان القوتلي «الوجيز في الحقوق المدنية» الجزء الأول ١٩٦٣ ، دمشق مطابع دار الفكر .
- ١١ - د. نقولا أسود «القانون المدني - المقدمة العامة» ، محاضرات لطلاب السنة أولى حقوق اللبنانية ١٩٧٨ - ١٩٧٩ .

### ثانياً : المراجع الفرنسية

- 1- Colin (A) et Capitan (H): «Droit civil français, T. 1 (1920) Paris, Lib. Dalloz.
- 2- David (R) : « Les grands systèmes de droit contemporains», 4<sup>e</sup> éd. 1971, Précis Dalloz.
- 3- Foignet (R): «Droit roman», 7<sup>e</sup> éd. 1922, Paris, Lib. Arthur Rousseau
- 4- Giény (F): «Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif», T. 1 (1954), Paris, Lib. gén. dr.
- 5- Marty (G); et Raynaud (P): «Droit civil, Introduction générale à l'étude du droit» T. 1 (1972) Sirey.
- 6- Milliot (L): «Introduction à l'étude du droit musulman» Sirey 1970.
- 7- Scelle (G), Ismém, De la Morandière.. «Introduction à l'étude du droit civil français» T. 1 (1951), Paris éd. Rousseau.



## الفهرس

الموضوع	الصفحة
تصدير الكتاب	٧

### الباب الأول القضاء في الاسلام

تمهيد	١١
١ - ماهية شريعة الاسلام	١١
٢ - أهمية موضوع القضاء في الاسلام	١٢
٣ - منهج دراسة القضاء في الاسلام	١٢

### الفصل الأول مفهوم القضاء في الاسلام

٤ - تقسيم :	١٣
المبحث الأول : تاريخ القضاء في الاسلام	١٣
(أ) الفضاة الأنبياء قبل الاسلام	١٣
٥ - داود وسليمان من أوائل قضاة البشرية	١٣
(ب) القضاء عند العرب في الجاهلية	١٦
٦ - (أولاً) - القاضي في الجاهلية	١٦
٧ - (ثانياً) - مركز القاضي في الجاهلية	١٧
٨ - (ثالثاً) - مصادر القادة في الجاهلية	١٧
٩ - (رابعاً) - المحاكم في الجاهلية	١٧

١٠ - ( ساساً ) - أحكام من الحاشية	١٨
(ج) المراحل التي مرّ بها القضاء في الاسلام	١٩
١١ - ( أولاً ) - القضاء في عهد النبي محمد	١٩
(١) النبي أول قاض في الاسلام	١٩
(٢) مصادر القانون في عهد النبي	١٩
(٣) بعض أحكام النبي	٢٠
(٤) قضاء النبي	٢٠
١٢ - ( ثانياً ) - القضاء في عهد الخلفاء	٢٢
(١) القضاء في عهد أبي بكر	٢٢
(٢) القضاء في عهد عمر بن الخطاب	٢٢
(٣) القضاء في عهد عثمان بن عفان	٢٣
(٤) القضاء في عهد علي بن أبي طالب	٢٣
١٣ - ( ثالثاً ) - القضاء في عهد الأمويين	٢٦
(١) مزاج القضاء في عهد الأمويين	٢٦
(٢) القضاء في عهد عمر بن عبد العزيز	٢٦
١٤ - ( رابعاً ) - القضاء في عهد العباسيين	٢٨
١٥ - ( خامساً ) - القضاء في لبنان أيام الدولة العثمانية	٢٨
(١) المحاكم الشرعية	٢٩
(٢) المحاكم النظامية	٣٠
(٣) المحاكم الخاصة	٣٠
المبحث الثاني : التعريف بالقضاء في الاسلام	٣١
١٦ - ( أولاً ) - القضاء في اللغة	٣١
١٧ - ( ثانياً ) - القضاء في الاصطلاح الشرعي	٣١
١٨ - ( ثالثاً ) - القضاء في القرآن	٣٢
١٩ - ( رابعاً ) - القضاء في السنة	٣٣
(١) الترغيب في القضاء وبيان قدره	٣٣
(٢) خطورة القضاء	٣٣
(٣) صيانة القضاء عن الظلم والجهل	٣٥
(٤) الحث على الاجتهاد	٣٦
(٥) أصول المحاكمة	٣٦
٢٠ - ( خامساً ) - أركان القضاء في الاسلام	٣٦
(١) حاكم أو قاض	٣٧

(٢) حكم	٣٧
(٣) المحكوم به	٣٧
(٤) المحكوم عليه	٣٧
(٥) المحكوم له	٣٧
٢١ - (سادساً) - الغضاء والتحكيم	٣٨
٢٢ - (سابعاً) - الغضاء والافتاء	٣٨

### الفصل الثاني التنظيم القضائي في الاسلام

٢٣ - التنظيم القضائي الاسلامي هل هو مؤسسة إسلامية خالصة ؟	٤١
٢٤ - تقسيم	٤٢
المبحث الأول : نظام القضاة ومساعدتي القضاة في الاسلام	٤٢
(أ) نظام القضاة في الإسلام	٤٢
٢٥ - (أولاً) - مكانة القاضي	٤٢
٢٦ - (ثانياً) - شروط تقلد القضاة	٤٤
(١) صفات القاضي في نظر الإمام علي	٤٤
(٢) حرص عمر بن عبد العزيز على الإلزام بالأحهاد والفقہ	٤٥
(٣) صفات القاضي في نظر المقلد عموماً	٤٦
(٤) صفات القاضي عند الماوردي	٤٨
(٥) صفات القاضي في الأندلس	٥٠
(٦) صفات القاضي في مجلة الأحكام العدلية	٥١
٢٧ - (ثالثاً) - قواعد التعيين في القضاة	٥٣
(١) مرجع التعيين	٥٣
(٢) التحقيق والاختبار شرط للتعيين	٥٤
(٣) سن التعيين والبقاء	٥٥
(٤) مرسوم التعيين	٥٥
(٥) رضى القضاة ورواتبهم	٥٦
٢٨ - (رابعاً) - عزل القاضي واستعفاؤه	٥٧
(١) عزل القاضي	٥٧
(٢) استعفاء القاضي	٥٨
٢٩ - (خامساً) - مسؤولية القاضي عن أحكامه	٥٩

٣٠ - (سادساً) - استعلال السلطة القضائية	٦٠
(١) خضوع الجملاء للعضاء	٦٠
(٢) خضوع الدولة لسيادة القانون	٦٠
(٣) رفض العضاء تدخل الولاة والفاده	٦٢
(٤) رفض الشفاعة	٦٢
(٥) عدم قبول كتاب إلا في مجلس العضاء	٦٣
٣١ - (سابعاً) - آداب القضاة	٦٣
(١) بيع القاضي وشراؤه	٦٤
(٢) حضور القاضي للوائيم	٦٥
(٣) عدم قبول صياغه الخصم	٦٥
(٤) عدم إدخال الخصم الى بيت القاضي	٦٦
(٥) عيادة المرضى وحضور الجنائز	٦٧
(٦) منع قبول الهدايا	٦٧
(٧) عدم ابداء الرأي فيها ينظاً	٦٨
(٨) بيت القاضي	٦٩
(٩) لباس القاضي ومركبه	٦٩
(١٠) مشي القضاة	٧١
٣٢ - (ثامناً) - سيرة بعض أعلام القضاة	٧١
(١) القاضي شريح	٧٢
(٢) القاضي ابن شبرمة	٧٤
(٣) القاضي ابن أبي ليلى	٧٦
(٤) قاضي القضاة أبو يوسف	٧٧
(٥) أفضى القضاة أبو الحسن الماوردي	٨١
(ب) نظام مساعدتي القضاء في الاسلام	٨٥
٣٣ - (أولاً) - كاتب الجلسة وصماته	٨٥
٣٤ - (ثانياً) - المنادي أو الذي على رأسه	٨٨
٣٥ - (ثالثاً) - الحاجب	٨٨
٣٦ - (رابعاً) - الوكيل بالخصوصه	٨٩
٣٧ - (خامساً) - القسام	٩١
٣٨ - (سادساً) - النرحام	٩١
٣٩ - (سابعاً) - الخارص المصانفي	٩٢
٤٠ - (ثامناً) - الكاتب بالعدل	٩٣

المبحث الثاني : اختصاصات المحاكم الإسلامية وأنواعها	٩٥
(أ) فكرة المحكمة	٩٥
٤١ - (أولاً) - مكان القضاء	٩٥
٤٢ - (ثانياً) - زمان القضاء	٩٦
٤٣ - (ثالثاً) - فكرة تعدد القضاة	٩٧
(ب) اختصاصات المحاكم الإسلامية وأنواعها	٩٨
٤٤ - تمهيد وتقسيم	٩٨
٤ - (أولاً) - الاختصاص النوعي	٩٩
(١) القضاء المدني	٩٩
(٢) القضاء المستعجل	٩٩
(٣) القضاء الحرفائي ( نظام الاتهام - قضاء الجراح - قضاء الأحداث الكبرى -	
الحسبة أو قضاء المخالفات - مراحل الدعوى الجزائية - الاتبات في الحرائم الواردة	
في القرآن )	١٠٠
(٤) قضاء الأحوال الشخصية والموارث	١٠٥
(٥) قضاء المظالم أو القضاء الإداري	١٠٥
٤٦ - (ثانياً) - الاختصاص حسب قيمة الدعوى	١٠٦
٤٧ - (ثالثاً) - الاختصاص الشخصي	١٠٧
٤٨ - (رابعاً) - الاختصاص المكاني	١٠٧

### الفصل الثالث

#### قواعد المحاكمة والإثبات والحكم

٤٩ - تقسيم	١٠٩
المبحث الأول قواعد المحاكمة في الاسلام	١٠٩
(أ) إجراءات المحاكمة	١٠٩
٥٠ - (أولاً) - النهي للقضاء بالصلاة والدعاء	١٠٩
٥١ - (ثانياً) - مجلس القاضي	١١٠
٥٢ - (ثالثاً) - قاعة المحاكمة	١١٠
٥٣ - (رابعاً) - صفاء الفكر والقلب	١١٠
٥٤ - (خامساً) - إعلام الناس عن الشروع بالمحاكمة	١١٠
٥٥ - (سادساً) - علانية الجلسات	١١١
٥٦ - (سابعاً) - وقار القاضي	١١١
٥٧ - (ثامناً) - إدخال الخصوم	١١١

٥٨ - (تاسعاً) - معطو النحية .....	١١١
٥٩ - (عاشراً) - انصاف الخصوم .....	١١١
٦٠ - (حادى عشر) - المساواة بين الخصوم .....	١١٢
٦١ - (ثانى عشر) - سؤال الخصوم عن الدعوى .....	١١٣
٦٢ - (ثالث عشر) - العاضى لا يلق الخصوم .....	١١٣
٦٣ - (رابع عشر) - تأمين حق الدفاع .....	١١٣
٦٤ - (خامس عشر) - سماع الشهود .....	١١٤
٦٥ - (سادس عشر) - صبط وفائع المحاكمة كتابة .....	١١٥
(ب) أصول المحاكمة في كتاب عمر الى الأستعزى .....	١١٦
٦٦ - أهمية الكتاب في رسم أصول المحاكمة .....	١١٦
المبحث الثاني : الإثبات أمام القضاء الاسلامى .....	١١٩
٦٧ - (أولاً) - أهمية الإثبات .....	١١٩
٦٨ - (ثانياً) - عبء الإثبات .....	١١٩
٦٩ - (ثالثاً) - طرق الإثبات .....	١٢١
(١) الإقرار .....	١٢١
(٢) البينة الشخصية أو شهادة الشهود .....	١٢٢
( ماهيتها - نصابها - انفرادها - مواعها - شهادة غير المسلم )	
(٣) اليمين .....	١٢٦
(٤) القرائن والأدلة الحسية .....	١٢٧
(٥) حكم القاضي بعلمه .....	١٢٩
(٦) القضاء مبني على الظاهر .....	١٣٠
المبحث الثالث : إصدار الحكم والظعن فيه .....	١٣١
(أ) إصدار الحكم على الحاضر .....	١٣١
٧٠ - (أولاً) - الأصل وحب إصدار الحكم فوراً .....	١٣١
٧١ - (ثانياً) - التوسع في التحقيق والطلب مسبان للتريث .....	١٣١
٧٢ - (ثالثاً) - ريادة التدقيق مدعة للتريث .....	١٣٢
٧٣ - (رابعاً) - التريث أملاً بالصالح .....	١٣٢
٧٤ - (خامساً) - الاستشارة بمشاوره المقهاه للتوصل الى الحكم .....	١٣٢
٧٥ - (سادساً) - الاجتهاد لازم للحكم .....	١٣٣
٧٦ - (سابعاً) - قيام الحكم على الحق .....	١٣٣
٧٧ - (ثامناً) - الإشهاد على الحكم .....	١٣٤

٧٨ - (تاسعاً) - تسجيل الأحكام	١٣٤
٧٩ - (عاشراً) - تفسير الأحكام	١٣٤
(ب) الحكم على الغائب	١٣٥
٨٠ - مدى جواز المحاكمة في حال الغياب	١٣٥
(أ) طرق الطعن في الحكم ودرجات التقاضي	١٣٦
٨١ - (أولاً) - وجود أسس لطرق الطعن في الفقه الإسلامي	١٣٦
٨٢ - (ثانياً) - مدى حوار وجوع القاضي عن حكمه	١٣٩

## الباب الثاني العرف في الاسلام

تمهيد	١٤٣
٨٣ - (أولاً) - عناصر موضوع العرف في الاسلام	١٤٣
٨٤ - (ثانياً) - نظرة تاريخية عن العرف	١٤٣
٨٥ - (ثالثاً) - أهمية العرف كمصدر للقانون وللغة الاسلامي	١٤٥
٨٦ - (رابعاً) - مبحث دراسة العرف في الاسلام	١٤٩
٨٧ - (خامساً) - تقسيم الموضوع	١٥٠

## الفصل الأول ماهية العرف

٨٨ - تعريف وتقسيم	١٥١
المبحث الأول - أركان العرف قانوناً	١٥٢
٨٩ - ركنا العرف	١٥٢
٩٠ - (أولاً) - الركن المادي - العادة أو الاعياد	١٥٢
(١) أن تكون العادة عامة	١٥٣
(٢) أن تكون العادة قديمة	١٥٣
(٣) أن تكون العادة ثابتة	١٥٤
(٤) أن تكون العادة غير مخالفة للنظام والأداب	١٥٤
٩١ - (ثانياً) - الركن المعنوي - الاعتماد بلزوم العادة	١٥٥
المبحث الثاني - أركان العرف شرعاً	١٥٧
٩٢ - عدم تركيز الفقه الاسلامي على الركن المعنوي	١٥٧
٩٣ - (أولاً) - الركن المادي للعرف في الفقه الاسلامي وشروطه	١٥٨
(١) أن تكون العادة غالبة	١٥٨

(٢) أن تكون العادة قائمة وليست طارئة . . . . .	١٥٩
(٣) أن تكون العادة مطردة . . . . .	١٥٩
(٤) أن لا يعارضها تصريح بخلافها . . . . .	١٥٩
(٥) ألا تكون مخالفة لأصل شرعي قطعي أو لنص خاص بالنظام العام . . . . .	١٦٠
٩٤- (ثانياً) - الركن المعنوي للعرف في الفقه الاسلامي . . . . .	١٦٠

## الفصل الثاني القوة الملزمة للعرف

٩٥- تقسيم . . . . .	١٦٣
المبحث الأول . إلزامية العرف في القانون الوضعي . . . . .	١٦٤
٩٦- تمهيد وتقسيم . . . . .	١٦٤
(أ) أساس القوة الملزمة للعرف في القانون الوضعي . . . . .	١٦٤
٩٧- اختلاف الآراء حول الأساس . . . . .	١٦٤
٩٨- (أولاً) - إجازة المشرع الضمنية . . . . .	١٦٤
٩٩- (ثانياً) - ضمير الجماعة . . . . .	١٦٥
١٠٠- (ثالثاً) - اجتهاد المحاكم . . . . .	١٦٥
١٠١- (رابعاً) - ضرورته الاجتماعية . . . . .	١٦٦
(ب) مدة القوة الملزمة بالنسبة للتشريع الوضعي . . . . .	١٦٧
١٠٢- اختلاف الآراء باختلاف الحالات . . . . .	١٦٧
١٠٣- (أولاً) - حالة العرف الذي يحيل اله التشريع . . . . .	١٦٧
(١) الإحالة الصريحة . . . . .	١٦٧
(٢) الإحالة الضمنية . . . . .	١٦٧
١٠٤- (ثانياً) - حالة العرف الذي لا يحيل اليه التشريع . . . . .	١٦٨
١٠٥- (ثالثاً) - حالة تنازع العرف والتشريع . . . . .	١٦٨
المبحث الثاني . إلزامية العرف في الفقه الإسلامي . . . . .	١٧٠
١٠٦- تقسيم . . . . .	١٧٠
(أ) أساس القوة الملزمة للعرف في الفقه الاسلامي . . . . .	١٧٠
١٠٧- أقامته على ضرورته الاجتماعية . . . . .	١٧٠
(ب) مدى القوة الملزمة للعرف بالنسبة للنصوص الشرعية . . . . .	١٧١
١٠٨- تمهيد . . . . .	١٧١
١٠٩- مصادر الفقه الإسلامي ومزلة العرف بينها . . . . .	١٧١
١١٠- العرف في الفقه الإسلامي مصدر احتياطي للنص . . . . .	١٧٣
١١١- (أولاً) - حالة العرف الذي يحيل النص الشرعي . . . . .	١٧٣



١٧٣	(١) الإحالة الصريحة
١٧٣	(٢) الإحالة الضمنية
١٧٤	١١٢ - (ثانياً) - حالة العرف الذي لا يعيل اليه النص
١٧٤	(١) العرف اللفظي أو القولي
١٧٥	(٢) عرف الأعمال المادية والقانونية
١٧٥	(٣) العرف المرشح في إتيان الحقوق
١٧٥	١١٣ - (ثالثاً) - حالة تنازع العرف والصوم الشرعية
١٧٧	١١٤ - خاتمة العرف في الإسلام
١٧٩	مراجع القضاء في الإسلام
١٨١	مراجع العرف في الإسلام
١٨٣	فهرس





## هذا الكتاب

القضاء والعرف في الإسلام من أهم الموضوعات التي جويتها كتب الفقه والتاريخ الاسلامي ، وكاننا موضع اهتمام الفقهاء في كل العصور فكتبوا عنها كثيراً في مؤلفاتهم الفقهية العامة والخاصة .

ولما كان النظام القضائي الإسلامي جزءاً من التراث القضائي في العالم ويعد أحد المصادر التاريخية المهمة للقضاء في معظم الدول العربية والإسلامية .

ولما كان العرف لا يزال أيضاً مصدراً رسمياً للقانون الوضعي يكمل ما فيه من نقص وقصور ، كما أنه يعد في نظر الفقهاء المسلمين أحد المصادر المهمة للشرعية الإسلامية للدور الذي يؤديه في إيجاد الحلول للمسائل الطارئة والمستجدة .

إن الكتاب يتجه إذن إلى معالجة موضوعين هامين يحتلان مكانتين بارزتين في القانون الوضعي والشرعية الإسلامية على السواء . وبذلك توضع الشريعة الإسلامية جنباً إلى جنب مع التشريع الديني الوضعي فيما هو هام وذلك لتلمس خصائص الموضوعين في كليهما ، ومدى التقاليد في المبادئ والأفكار أو مدى تمايز كل منهما عن الآخر .

وبذلك يسهم هذا الكتاب في إبراز معالم القضاء والعرف في الإسلام مقارنة بالقانون الوضعي المطبق من الدولة الحاكمة رغبة في الحث على قيام الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية وغيرها من النظم القانونية المعاصرة إظهاراً لما في هذه الشريعة الفراء من تنظيم ورفي وأصالة وعلاج لما يشكوه منه المجتمع من اختلال ، وتبياناً لكون الإسلام ديناً ودولة يجمع بين الدعوة إلى الدين والدعوة إلى قيام الدولة العادلة .

وقد بشر الله لأحد موضوعي هذا الكتاب وهو العرف في الإسلام طريق الفوز والنجاح فتمنح الجائزة الثانية من جامعة الدول العربية كأحسن بحث قانوني وفقه مقارن .